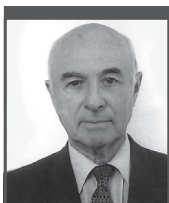


# CHRONIQUE

## DROIT BANCAIRE INTERNATIONAL



**GEORGES  
AFFAKI**  
Maître de  
conférences  
associé  
Université  
Panthéon-  
Assas (Paris II)  
BNP Paribas



**JEAN  
STOUFFLET**  
Agrégé des  
Facultés  
de droit,  
professeur  
émérite

### ■ UNION EUROPÉENNE

#### Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles\*

1. Le 17 juin 2008 a été adopté le règlement communautaire « Rome I » sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Cette adoption a emprunté la voie de la codécision<sup>1</sup>, prévue par l'article 67 du traité CE et a pour objectif de favoriser la « compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflits de lois », tel que prévu par l'article 65(b) du traité. Le règlement vient parachever la communautarisation du droit international privé, qui s'articule désormais en trois volets : les règles de conflit de juridictions sont régies par le règlement Bruxelles I, adopté le 22 décembre 2000, et les règles de conflit de lois sont régies par les règlements Rome I et II, respectivement pour les obligations contractuelles et non-contractuelles, ce dernier ayant été adopté le 11 juillet 2007. Au-delà d'une réelle cohérence des sources, l'adoption du règlement doit permettre la mise en place de règles directement applicables dans les États membres et interprétables par la CJCE<sup>2</sup>. Ce règlement s'imposera

donc directement aux États membres et à leurs ressortissants, y compris au Royaume-Uni<sup>3</sup> mais à l'exclusion du Danemark. Il en résulte que la Convention de Rome doit être dénoncée par les États membres, ainsi que les autres conventions entre États membres sur les règles de conflit en matière contractuelle, ce qui laisse subsister les conventions entre États membres et États tiers sur ce sujet (règlement, articles 25, 26 et 28)<sup>4</sup>.

Nous nous attacherons dans cette chronique à présenter les principaux apports du nouveau règlement aux opérations internationales de banque.

2. **Le maintien de la liberté accordée aux parties dans le choix de la loi applicable.** Empreint de respect pour l'autonomie de la volonté, le règlement reprend en son article 3 le principe du libre choix par les parties au contrat de la loi applicable. Il reste fidèle en cela au parti pris par la Convention de Rome. Ce choix peut d'abord être un choix exprès des parties (article 3(1)). La consécration de la loi d'autonomie va loin puisque l'article 3 permet aux contractants de désigner la loi d'un État membre ou d'un État tiers, admet la désignation de la loi applicable ou sa modification après la conclusion du contrat (article 3(2)) et emprunte, une fois encore, à la Convention de Rome le « dépeçage » du contrat, qui permet de soumettre différentes parties du contrat à différents droits (article 3(1), *in fine*). Le choix peut ensuite être tacite, s'il résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause, ainsi que l'autorise l'article 3(1).

Trop général, le choix des termes « des circonstances de la cause » a déjà fait l'objet de deux débats. En premier lieu, la question se posait d'admettre comme indice d'un choix tacite le comportement des parties. Cette option, privilégiée par la proposition de règlement émanant de la

\* Les auteurs remercient Manuel Fernandez, docteur en droit, pour son assistance dans la préparation de ce commentaire.

1. L'utilisation de la procédure de codécision, selon laquelle le Parlement européen et le Conseil doivent s'accorder sur un texte après proposition par la Commission, et le principe même de l'élaboration par voie de règlement (en tant qu'opposée à la voie de directives) d'un droit international privé communautaire avait fait l'objet d'une controverse particulièrement passionnée en France. À une « lettre ouverte » signée par des universitaires et mettant en cause la justification technique et l'opportunité de ce règlement (B. Ancel et alii : « L'Union Européenne, la démocratie et l'État de droit : Lettre ouverte au Président de la République », JCPG n° 50, 13 décembre 2006, act. 586), ont répondu des « Observations sur la lettre ouverte au président de la République intitulée "L'Union européenne, la démocratie et l'État de droit" » (D. Alexandre et alii, JCPG n° 1, 10 janvier 2007, act. 18). Une autre source de débat résidait dans l'inclusion ou non dans le règlement d'un considérant qui subordonnait l'application des mécanismes d'ordre public de lois de police au respect du traité CE. Sur cette controverse voir également V. Heuzé : « L'honneur des professeurs de droit. - Explication d'une lettre ouverte sur l'Union européenne, la démocratie et l'État de droit », JCPG n° 10, 7 mars 2007, I, 116 et C. Montfort, Chronique, Revue Lamy Droit des Affaires n° 29, juillet-août 2008, p. 83.
2. Le Règlement reconnaît cependant (considérant 7) que l'articulation des trois règlements implique la nécessité d'une interprétation cohérente des « dispositions » et « champ d'application matériel » de ces trois textes. L'objectif d'harmonisation est particulièrement souligné dans le document émis par le Sénat français : « Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la

loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) », disponible sur le site du Sénat : [www.senat.fr/ue/pac/E3039.html](http://www.senat.fr/ue/pac/E3039.html) (Visité le 18 septembre 2008).

3. Qui a finalement choisi d'être lié par le règlement (mécanisme dit d'*opt-in*) le 24 juillet 2008. Lors de négociations devant mener à l'adoption d'un texte, un État non-partie à ces négociations peut choisir d'être tenu par le texte (*opt-in*) ; inversement, un État initialement partie a parfois la possibilité de ne pas être lié par le texte s'il le décide (*opt-out*).
4. L'article 21 de la Convention de Rome disposait que la convention ne portait pas « atteinte à l'application des conventions internationales auxquelles un État contractant est ou sera partie ».

Commission, a finalement été rejetée<sup>5</sup>. En second lieu, si l'article 3 (1) en lui-même ne prend pas en compte comme indice du choix tacite d'un droit le choix du for, le considérant 12 estime qu'il « devrait être l'un des facteurs à prendre en compte pour déterminer si le choix de la loi a été clairement énoncé ». Ces termes, eux-mêmes, n'ont pas échappé à la controverse, car si le considérant 12 parle de « choix de loi clairement énoncé », l'article 3 (1) mentionne un choix tacite qui « résulte de façon certaine ». L'explication prend sans doute la forme d'une contamination par la version anglaise de l'article 3 (1) qui parle de choix « clearly demonstrated »<sup>6</sup>.

3. Empreint de réalisme, le règlement n'est pas allé jusqu'au bout dans la consécration de la liberté de choix et a voulu préserver sécurité et prévisibilité juridique<sup>7</sup>. Cette retenue se manifeste dans deux séries de limites à la liberté de choix.

D'une part, le règlement exclut le choix par les parties de règles de droit non étatique. Il s'agit là essentiellement de la *lex mercatoria* et des principes généraux du droit largement utilisés dans les contrats internationaux et dont la normativité reconnue par les tribunaux permet aux tribunaux arbitraux d'y recourir régulièrement dans leurs sentences<sup>8</sup>. Cette exclusion résulte des termes de l'article 3(1) : « Le contrat est régi par la loi choisie par les parties ». Elle résulte aussi, quoiqu'indirectement, de l'article 20 qui semble cantonner la loi des parties à la loi d'un État<sup>9</sup> : « Lorsque le présent Règlement prescrit l'application de la loi d'un pays, elle entend les règles de droit matériel en vigueur dans ce pays à l'exclusion des règles de droit international privé, sauf disposition contraire du présent règlement ». Cette possibilité était pourtant envisagée dans la proposition de la Commission du 15 décembre 2005, en son article 3(2), lequel disposait : « Les parties peuvent également choisir comme loi applicable des principes et règles de droit matériel des contrats, reconnus au niveau international ou communautaire ». L'exposé des motifs de

la proposition de règlement justifiait cette option par le souhait de permettre le recours aux principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international<sup>10</sup> ou aux Principes du droit européen des contrats<sup>11</sup>, voire à un « éventuel futur instrument communautaire optionnel »<sup>12</sup>. Le rejet de cette proposition a été justifié par deux considérations, l'une tenant à la crainte que la Commission tente ainsi d'imposer subrepticement l'idée d'un droit européen des contrats qui s'élèverait au-delà des droits nationaux<sup>13</sup>, l'autre tenant à la difficulté d'identifier les principes non étatiques « reconnus au niveau international ou communautaire »<sup>14</sup>. Pourtant, les considérants 13 et 14 du règlement reconnaissent aux parties le droit d'incorporer dans leur contrat des règles de droit non étatiques<sup>15</sup>. Là aussi, on ne peut que déplorer cette rédaction. Compromis politique hâtif ou maladresse de rédaction, le conflit entre les considérants 13 et 14 d'une part et l'article 3 d'autre part ressuscitera, gageons-le, le débat qui a suivi l'adoption de la Convention de Rome entre les tenants du positivisme étatique et ceux du pluralisme juridique<sup>16</sup>. Il serait dommage qu'une lecture trop restrictive du règlement aboutisse à une bivalence qui amènerait, d'une part, les arbitres internationaux à donner effet au choix par les parties de règles de droit non étatiques au nom des considérants 13 et 14 et de l'autonomie de la volonté et, d'autre part, les juges étatiques qui écarteraient un tel choix au nom de la méthode conflictuelle de l'article 3 désignant les seules lois étatiques.

Une seconde série de limites à la liberté de choix par les parties concerne les cas de fraude à la loi d'un pays ou aux dispositions du droit communautaire, cas dans lesquels le choix des parties ne saurait être opérant et laisserait place à l'application de la loi désignée par le

5. L'article 3(1) de la proposition de règlement COM(2005) 650 final du 15/12/2005 disposait : « Le choix peut être exprimé ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat, du comportement des parties ou des circonstances de la cause ». Voir, critique à l'égard de la proposition, P. Lagarde : « Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles », RCDIP 95 (2) avril-juin 2006 p. 332 à p. 335.

6. La proposition faite par la Commission comportait un décalage entre les formulations française (« résulte de façon certaine »), anglaise (« with reasonable certainty ») et allemande (« mit hinreichender Sicherheit »). D'une version à l'autre, le degré de certitude du choix varie. Les formules anglaise et allemande ont été changées respectivement en « clearly demonstrated » et « muss ausdrücklich erfolgen oder sich eindeutig aus den Bestimmungen des Vertrags », afin de rapprocher les différentes formulations. Cette incohérence de rédaction semble d'autant plus malheureuse que les considérants de ce règlement possèdent une force inédite, présentée comme un « véritable contenu prescriptif », une « normativité potentielle », S. Lemaire : « Interrogations sur la portée juridique du préambule du règlement Rome I », D. 2008 p. 2157, aux n° 8 et 12.

7. Considérant 16.

8. Paris, 12 juin 1980 (2<sup>e</sup> esp.), Rev. Arb. 1981, p. 292, obs. Couchez ; Civ. 9 décembre 1981, Rev. Arb. 1982, p. 183, obs. Couchez ; Civ. 2<sup>e</sup>, 9 décembre 1981, Bull. n° 212 ; Paris 19 décembre 1982 (Nosolor), Rev. Arb. 1983, p. 472, confirmé Civ. 1<sup>er</sup>, 9 octobre 1984, Bull. n° 248 ; Paris 13 juillet 1989 (Valenciana), Rev. Arb. 1990, p. 663, obs. Lagarde, confirmé par Civ. 1<sup>er</sup>, 22 octobre 1991, JDI 1992, p. 177, obs. Goldman (reconnaissant à la *lex mercatoria* le caractère de règles de droit).

9. La version anglaise, qui parle de « law of any country » semble confirmer cette analyse.

10. Disponibles sur le site <http://www.unidroit.org/>

11. Principles of European Contract Law, énoncés en 1995 par la Commission du droit européen des contrats, dite Commission Lando : « Principles of European Contract Law. Parts I and II », Kluwer Law International, Ed. 2000.

12. Exposé des motifs p. 5, n° 4.2, article 3, second paragraphe.

13. C. Von Bar : « Le groupe d'étude sur un Code civil européen », RIDC 1/01/2001, n° 1, p. 127 ; Y. Lequette : « Quelques remarques à propos du projet de Code civil de M. Von Bar », D. 2002 p. 2202.

14. Crainte exprimée notamment par P. Lagarde : « Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) », RCDIP, 95 (2) avril-juin 2006 p. 331 et s., nota. p. 336

15. - Considérant 13 : « Le présent règlement n'interdit pas aux parties d'intégrer par référence dans leur contrat un droit non étatique ou une convention internationale ».

- Considérant 14 : « Si la Communauté adopte dans un instrument juridique spécifique des règles matérielles de droit des contrats, y compris des conditions générales et clauses types, cet instrument peut prévoir que les parties peuvent choisir d'appliquer ces règles ».

Le procédé est contestable ; ainsi que le souligne S. Lemaire, « Interrogations sur la portée juridique du préambule du Règlement Rome I » article précité note 6, au n° 19 : il « peut conduire à inscrire dans un texte prétendument dépourvu de caractère normatif des données qui n'avaient pas emporté une adhésion politique suffisante pour figurer dans son dispositif et qui, par la grâce juridictionnelle, bénéficieraient le cas échéant d'une force obligatoire équivalente ».

16. Voir P. Lagarde : « Approche critique de la *lex mercatoria* », in Mélanges Goldman, Litec 1983, p. 125 ; B. Goldman : « Nouvelles réflexions sur la *lex mercatoria* », Mélanges Lalive, 1993, p. 241 ; G. Affaki : « L'accueil de la finance islamique en droit français – Essai sur le transfert d'un système normatif » in La finance islamique à la française, Secure Finance Ed., 2008, p. 135 et s. et la bibliographie citée.

règlement<sup>17</sup>. L'article 3(3) envisage la fraude à la loi d'un pays, tout en la restreignant au cas où « tous les autres éléments de la situation », c'est-à-dire tous les éléments autres que la loi choisie par les parties, sont localisés au moment de ce choix dans un pays autre que celui dont la loi a été désignée par elles. Cette disposition reprend l'article 14(2) du règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles<sup>18</sup>.

L'article 3(4) énonce la même réserve en cas de fraude aux lois de police communautaires telles que mises en œuvre par l'État membre du for<sup>19</sup>. Là aussi, il est intéressant de noter la distance entre les premières propositions et le texte finalement adopté. Si la proposition de règlement présentée par la Commission faisait référence aux « dispositions impératives » du droit communautaire, formule finalement abandonnée au profit de celle de « lois auxquelles on ne peut pas déroger », le principal changement tient à l'inclusion de « tous les autres éléments », ce qui rend la règle plus supportable, moins opposée au principe d'autonomie de la volonté<sup>20</sup>.

**4. La simplification de la règle de conflit en l'absence de choix.** Le règlement procède à un changement majeur au niveau des règles de rattachement. La hiérarchie dans la règle de conflit issue de l'article 4 de la Convention de Rome est bien connue. Elle édicte le rattachement de l'obligation contractuelle à la loi du pays avec lequel elle présente les liens les plus étroits (article 4(1)) et présume que « le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle » (article 4(2)). La Convention de Rome prévoyait en outre en son article 4(5) une exception permettant d'écarter la présomption du paragraphe 4(2) lorsque le contrat présentait des liens plus étroits avec un autre pays. Pourtant claire, cette hiérarchie a donné lieu à des divergences entre les différents tribunaux nationaux des États membres, qui ont mené à une absence d'uniformité elle-même à l'origine de la révision de la Convention<sup>21</sup>.

Souhaitant donner effet à l'esprit de la Convention, la Cour suprême des Pays-Bas (Hoge Raad) avait décidé que le paragraphe 2 de l'article 4 de la Convention (la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique) était le principe et le paragraphe 5 (l'exception des liens plus étroits) seulement une exception, celle-ci devant donc être interprétée restrictivement et cantonnée au cas où le critère de résidence principale n'avait aucune pertinence<sup>22</sup>. Au contraire, fidèle à une interprétation littérale de la Convention, la High Court de Londres a considéré que le même paragraphe 2 posait une présomption simple et que par conséquent la règle d'exception, le paragraphe 5, devait jouer aisément<sup>23</sup>. Plutôt que par le biais d'un renvoi préjudiciel à la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) au titre de l'article 234 du Traité CE, ces positions antagonistes seront unifiées par la nouvelle rédaction de l'article 4 dans le règlement.

En effet, le règlement pose désormais la loi du pays de « résidence habituelle » lors de la conclusion du contrat du débiteur de la « prestation caractéristique » comme règle de principe – et non plus comme une simple présomption – (article 4(2)). Ce principe doit s'appliquer à l'exception des seuls cas où « il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre » que celui désigné par le principe. L'exception est donc cantonnée à un rôle résiduel, comme il se doit<sup>24</sup>.

5. La clause d'exception de l'article 4(3) du règlement est plus exigeante que celle de l'article 4(5) de la Convention. Pour déroger à la règle de principe, il doit résulter de « l'ensemble des circonstances de la cause » que le contrat présente des liens « manifestement plus étroits » avec un autre pays. Cette réserve est ainsi dotée d'un caractère véritablement exceptionnel. D'ailleurs, le considérant 20 du règlement cite à titre d'exemple l'existence de liens étroits du contrat avec un ou plusieurs autres contrats, ce qui évoque le cas d'un ensemble ou groupe de contrats présentant une unité fonctionnelle.

6. Le dispositif est complété par un troisième degré de sauvegarde. L'article 4(4) envisage un rattachement subsidiaire, dans la situation où ni un rattachement subjectif (choix exprès ou tacite des parties), ni un rattachement objectif (article 4(1) ou (2)) ne peuvent être identifiés. Le contrat est alors régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits.

17. Les paragraphes 3 et 4 de l'article 3 sont des nouveautés par rapport à la Convention de Rome qui, elle, ne limitait pas le choix des parties, par exemple en exigeant un lien entre la loi choisie et la situation contractuelle.

18. Règlement (CE) n° 864/2007 du 11 juillet 2007 : « Lorsque tous les éléments de la situation étaient, au moment de la survenance du fait générateur du dommage, localisés dans un pays autre que celui dont la loi a été choisie, le choix d'une loi par les parties ne peut porter atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord ».

19. Cette réserve, existait déjà dans des directives relatives à la protection des consommateurs. Voir S. Corneloup : « Le futur règlement communautaire "Rome I" », JCPG n° 20, 14 mai 2008, act. 320.

20. Voir, très critique sur ce point, P. Lagarde, « Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) », article précité note 14 supra, p. 337 n° 10, qui reprochait à la première mouture de l'article d'ériger une disposition simplement impérative en loi de police. Voir, favorable à la règle : L. D'Avout : « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », D. 2008, p. 2165 au n° 7, pour qui cette disposition tend à « préserver l'autorité ordinaire du droit communautaire en sanctionnant ce qu'il faut bien appeler un abus de liberté ».

21. Sur ces divergences, voir : G. Cuniberti : « L'incidence du lieu d'exécution sur la loi applicable au contrat. La difficile cohabitation des articles 4-2 et 4-5 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », JCPG n° 30, 23 juillet 2003, I, Doctrine n° 153, p. 1401 ; P. Rémy-Corlay : « Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois », RCDIP 2003, p. 37.

22. Hoge Raad, 25 Sept 1992, Société Nouvelle des Papeteries de l'Aa v. Machinefabriek BOA, NJ 1992, 750. Voir P. Rémy-Corlay : « Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois », article précité note 21 supra., p. 49.

23. *Definitely Maybe (Touring) Ltd v. Marek Liberberg Konzertagentur GmbH*, [2004] 4 All ER 283. En l'espèce, une société allemande avait organisé en Allemagne deux concerts dans lesquels devait jouer le groupe anglais Oasis. Les concerts eurent lieu, mais sans la participation d'un des leaders du groupe. La High Court décida de soumettre la contestation relative à la qualité de la prestation fournie au droit allemand en raison des nombreux liens entre le contrat et l'Allemagne.

24. Pour une présentation synthétique du nouveau système, voir F. Mélin : « Le règlement Rome I du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles », JCPE, n° 30, 24 juillet 2008, act. 368.

À côté de cette règle de rattachement de principe, le règlement édicte des règles de rattachement spéciales, dérogatoires et primant le principe de l'article 4(2), (3) et (4).

**7. L'édition de règles spéciales dérogatoires propres à certains contrats en l'absence de choix.** L'article 4(1) a) à h), ainsi que les articles 5 à 8, posent des règles de rattachement spéciales pour certains contrats<sup>25</sup>.

8. Les règles de rattachement automatique, d'abord, concernent les contrats (i) de vente de biens, (ii) de prestation de services, (iii) ayant pour objet un droit réel immobilier ou un bail d'immeuble, (iv) de franchise, (v) de distribution, (vi) de vente de biens aux enchères et (vii) conclus au sein d'un système multilatéral de négociation d'instruments financiers. Il convient de noter que lorsqu'un contrat entre dans plus d'une de ces catégories, il retombe sous le coup de la règle générale posée par l'article 4(2)<sup>26</sup>.

9. Les régimes propres à certains contrats, ensuite, sont complexes. Le style de notre chronique nous limitera à signaler les principaux changements apportés par le règlement par rapport à la Convention<sup>27</sup>. Il s'agit en premier lieu du contrat de transport (article 5), pour lequel plusieurs changements sont effectués, dont notamment le rassemblement dans une même disposition des contrats de transport de marchandises et de passagers et la refonte des règles de conflit elles-mêmes<sup>28</sup>. S'agissant, en second lieu, du contrat de consommation (article 6), si les règles de conflit sont reprises sans changement, c'est leur champ d'application qui est étendu, par la suppression de la limitation relative à l'objet du contrat présente à l'article 5(1) de la Convention de Rome<sup>29</sup>. À titre d'exemple, la caution profane pourra désormais bénéficier de cette règle de conflit plus favorable<sup>30</sup>. S'agissant en troisième lieu des contrats d'assurance, l'article 7 reprend les dispositions anciennement contenues dans les directives antérieures traitant de ce domaine<sup>31</sup>. Il s'agit, enfin, des contrats de travail (article 8), pour lesquels la règle protectrice de la convention de Rome est conservée mais enrichie : le

contrat est désormais régi par « la loi du pays dans lequel ou, à défaut, à partir duquel le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail »<sup>32</sup>.

En résumé, le nouveau règlement pose en principe la liberté de choix des parties et énonce des règles de conflit applicables en l'absence de choix. À l'instar de la Convention de Rome et de la plupart des textes relatifs aux conflits de lois, le règlement prévoit des exceptions, des cas où la loi qu'il désigne ne doit pas s'appliquer, pour des raisons d'ordre public. Cependant, le règlement témoigne d'une volonté marquée des institutions communautaires de limiter ces exceptions.

**10. La limitation des exceptions à l'application de la loi désignée par le règlement.** La limitation des exceptions sert un objectif précis, omniprésent dans le règlement et ses travaux préparatoires, la sécurité juridique.

11. En procède d'abord la limitation de la catégorie des lois de police d'un État membre, d'un État tiers ou de l'État du for (article 9). La prise en compte des lois de police constitue, on le sait, une exception à l'application de la loi désignée par la règle de conflit. Leur prise en compte est d'abord limitée par le retour à une conception stricte des lois de police, celle-là même mise en avant par Franc eskakis<sup>33</sup>. En effet, selon le règlement : « Une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement »<sup>34</sup>. La question des lois de police du for (article 9 (2)) n'appelle aucun commentaire supplémentaire. En revanche, celle de la prise en compte des lois de police d'un État, membre ou tiers, dans lequel le contrat devrait être exécuté, mérite qu'on s'y attarde. Là où la Convention de Rome (en son article 7) imposait la prise en compte des lois de police de tout « autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit », le règlement n'envisage que la prise en compte des seules lois de police « du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exé-

25. Sur lesquels voir F. Mélin, « Le règlement Rome I du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles », article précité note 24 supra.

26. Cela résulte de l'article 4(2) lui-même, qui dispose : « Lorsque le contrat n'est pas couvert par le paragraphe 1 ou que les éléments du contrat sont couverts par plusieurs des points a) à h) du paragraphe 1, le contrat est régi par la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle ».

27. Voir O. Boskovic : « La protection de la partie faible dans le règlement Rome I », D. 2008, p. 2175.

28. Sur ces points, voir S. Corneloup, « Le futur règlement communautaire "Rome I" », article précité note 19 et F. Mélin, « Le Règlement Rome I du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles », article précité à la note 24 supra.

29. Lequel disposait : « Le présent article s'applique aux contrats ayant pour objet la fourniture d'objets mobiliers corporels ou de services à une personne ».

30. O. Boskovic, « La protection de la partie faible dans le règlement Rome I », article précité note 27 supra, au n° 5.

31. Première directive 73/239/CEE du Conseil du 24 juillet 1973, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, et son exercice, modifiée par la directive 2005/68/CE.

32. Cet ajout vise à intégrer la conception large du lieu de travail habituel développée par la CJCE.

33. Sur ce point, voir les articles précités de P. Lagarde (note 13 supra) et S. Corneloup (note 16 supra), qui s'en félicitent et plus sceptique, M.E. Ancel : « Le règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles est enfin adopté », Communication Commerce Électronique n° 7, juillet 2008, alerte 83. Selon cette dernière, la référence à l'intérêt public dans l'article 9 contient le germe d'une interprétation trop restrictive par la CJCE, préoccupante pour la sauvegarde d'intérêts nationaux. Elle cite à ce titre la jurisprudence française *Huston* (Cass civ 1<sup>re</sup> 28 mai 1991, JCP 1991, II, 21731, note A. Françon), considérant les lois françaises relatives à la protection du droit d'auteur comme des lois d'application impératives (de police), et regrette sa probable mort annoncée. Cette fin résulterait, selon M.E. Ancel, de ce que les lois en question ne satisfont probablement pas au critère d'intérêt public. Cet auteur redoute que l'application des lois de police soit alors cantonnée aux cas où il est « impossible de faire autrement, l'exécution du contrat étant de facto sous l'emprise d'autorités étrangères ». (M. E. Ancel : « Le règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles est enfin adopté », Communication Commerce Électronique n° 7, juillet 2008, alerte 83).

34. Voir L. D'Avout, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I » article précité à la note 20 supra., aux n° 9 et s., qui parle à leur sujet de « règles super-impératives ».

cutées » (article 9 (3)). Il y a là un changement majeur<sup>35</sup>. Par ailleurs, il faut souligner, toujours dans le sens de la limitation de l'exception à la loi désignée, que les lois de police ne sont prises en compte que sous une condition et un tempérament : d'abord, ces lois de police doivent rendre l'exécution du contrat « illégale » selon l'article 9(3); ensuite cet article ne prévoit que la possibilité, et non l'obligation, pour le juge du for de les appliquer, en recourant à la formule « il pourra également être donné effet aux lois de police [...] ». L'article 9 prend soin de préciser aussi qu'il doit alors être tenu compte « des conséquences de leur application ou de leur non-application », une telle casuistique contredisant en fin de compte l'objectif, annoncé, de prévisibilité<sup>36</sup>.

12. L'ordre public du for (article 21) comme exception à l'effectivité de la règle de rattachement voit aussi son champ limité. Une disposition issue de la loi désignée par le règlement ne peut être écartée que si son « application » est « manifestement » incompatible avec l'ordre public du for. Cet article est repris à l'identique de la Convention de Rome (article 16)

13. L'exclusion du renvoi (article 20), déjà présente dans la Convention, vient aussi limiter les exceptions aux rattachements. Cependant le nouveau texte enrichit la règle précédemment prescrite par la Convention de Rome d'une précision par l'opposition du droit matériel aux règles de droit international privé : « Lorsque le présent règlement prescrit l'application de la loi d'un pays, elle entend les règles de droit matériel en vigueur dans ce pays à l'exclusion des règles de droit international privé, sauf disposition contraire du présent Règlement ».

14. **Précisions relatives à la loi applicable à la cession de créances.** Le règlement apporte ensuite des précisions quant aux règles de conflit applicables à la cession de créances et à la subrogation conventionnelle, qu'il assimile et traite dans un même article (article 14), à l'instar de la convention CNUDCI sur la cession de créances dans le commerce international<sup>37</sup>. Tandis que les relations cédant-cessionnaire sont régies par la loi du contrat, la cessibilité de la créance et l'opposabilité de la cession au débiteur cédé relèvent de la loi de la créance. Rien dans la règle de conflit n'est donc changé au texte de la Convention. La nouvelle disposition appelle cependant deux commentaires. En premier lieu, elle opère une distinction entre subrogations légale et conventionnelle, la première étant rattachée par l'article 15 à « la loi régissant les relations entre le créancier et le débiteur » et la seconde à

la loi qui faisait obligation au tiers (subrogé) de désintéresser le créancier. En second lieu, le vide communautaire relatif au droit applicable à l'opposabilité aux tiers de la cession, laissé béant par la Convention de Rome, n'a pas été comblé ; le règlement ayant laissé ce vide juridique, prix du compromis politique qui a permis son adoption. En effet, il manquait déjà à l'article 12 de la Convention de Rome une règle de conflit qui désignerait le droit applicable à l'opposabilité de la cession aux tiers. L'enjeu majeur de ce point est la question du conflit de priorité, fondamentale pour la sécurité des opérations de financement et de marché. Il s'agit en effet de permettre à une partie titulaire d'un droit réel sur une créance de déterminer, avec certitude, au moment où elle prend ce droit et accorde la contrepartie escomptée, la loi au titre de laquelle son rang sera fixé en cas de contestation par des tiers, dont l'administrateur de la faillite du cédant et de ses créanciers saisissants, prétendant appréhender cette créance et paralyser sa transmission.

15. Ce qui rendait indispensable une prise de position par les institutions communautaires étaient les profondes divergences entre les jurisprudences nationales ayant suppléées à l'absence de règle de rattachement uniforme. D'un côté, la juridiction suprême hollandaise, le Hoge Raad, avait soumis l'opposabilité aux tiers à la règle de conflit du premier paragraphe de l'article 12, c'est-à-dire la loi d'autonomie<sup>38</sup>. D'un autre côté, la jurisprudence de la Cour suprême allemande (BGH) avait opté pour le rattachement au second paragraphe de l'article 12 de la Convention, désignant ainsi la loi de la créance comme loi applicable à toutes les questions d'opposabilité, qu'il s'agisse d'opposabilité au débiteur ou aux tiers<sup>39</sup>. La jurisprudence anglaise reflétait elle aussi ce choix<sup>40</sup>.

16. C'est encore une troisième voie qu'avaient choisie les tribunaux français pour suppléer ce manque de désignation, voie qui les amenait à l'application de la loi du lieu d'établissement, ou de domicile, du débiteur cédé. Reprenant les enseignements de Martin, cette solution, a été retenue par la cour d'appel de Paris à plusieurs reprises<sup>41</sup>. Elle repose sur l'idée que, si le débiteur cédé réside en France, la loi française aura une vocation très forte à s'appliquer, puisque l'opposabilité tout entière repose sur une mesure de publicité de la cession dont le cédé est le premier destinataire. On a aussi invoqué à l'appui de ce rattachement son apparence et surtout sa stabilité, notamment lorsque la créance viendrait à faire l'objet

35. Ce changement par rapport à l'article 7 (1) étant vu par certains comme un retour en arrière : voir L. D'Avout, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », article précité note 20 supra, au n° 12.

36. Voir supra note 1. Il faut souligner que c'est cette disposition qui, parce qu'elle leur paraissait « substituer [l'appréciation de la CJCE] des besoins de la justice contractuelle ou de l'utilité sociale des conventions à celles des parlements nationaux », avait incité des universitaires français à contester cette disposition, ou plutôt son intégration dans l'ordre communautaire, sous le Traité CE et sous l'interprétation de la CJCE.

37. G. Affaki : « L'apport de la convention CNUDCI sur la cession de créances aux opérations de banque », Banque et Droit n° 90, juillet-août 2003, p. 3.

38. Brandsma v. Hansa Chemie AG, Hoge Raad, 16 mai 1997, Rechtspraak van de Week 126.

39. BGH, 8 décembre 1998, XI ZR 302/97 (WM 1999, 126) ; 20 juin 1990, BGHZ 111, 376 ; IPRax 1991, 248.

40. Raiffeisen Zentralbank Österreich AG v. Five Star General Trading LLC and others, (Court of Appeal, 26 janvier 2001), [2001] 1 All ER (Comm) 961.

41. Voir notamment Paris, 26 mars 1986 : D. 1986, p. 374, note M. Vasseur ; RCDIP 1992, p. 351, note M. Jobard-Bachelier et Paris 27 septembre 1984, JDI 1985, p. 664, note Diener ; A Sinay-Siortermann : « Les conflits de lois concernant l'opposabilité des créances », RCDIP 81 (1) 1992, n° 17 ; D. Pardoel : « Les conflits de lois en matière de cession de créances », Thèse, LGDJ 1997, au n° 357 ; G. Affaki : « L'apport de la convention CNUDCI sur la cession de créances aux opérations de banque », article précité note 36 supra., aux n° 15-17 et 95.

de cessions successives<sup>42</sup>. Il faut cependant se rendre à l'évidence, ce critère s'avère insuffisant, voire totalement inefficace. Insuffisant lorsqu'il s'agit de déterminer la loi applicable à une cession en bloc de plusieurs créances, ou d'une créance détenue sur plusieurs codébiteurs ; inefficace lorsque, parce que la cession concerne une créance future, le débiteur et son domicile ne sont tout simplement pas encore identifiables.

17. Afin de remédier à cette fragmentation des règles de conflit, la CNUDCI a adopté en décembre 2001 la convention sur la cession de créances dans le commerce international. Cette convention prévoit, en son article 22, le rattachement de l'opposabilité aux tiers à la loi du domicile du cédant. Ce choix présente les mêmes avantages que ceux exposés précédemment pour la loi du domicile du cédé, à savoir fixité et apparence du rattachement, avec en outre l'avantage de soumettre l'opposabilité aux tiers au même droit que celui qui régirait une éventuelle faillite du cédant. Le rattachement à la loi du cédant résout aussi le problème du droit applicable dans les cas de pluralité de débiteurs (codébiteurs ou cession de créances en bloc)<sup>43</sup> et de cession de créance éventuelle, puisque le cédant est par définition identifié *ab initio*. Malgré l'intérêt à établir une règle de conflit uniforme et malgré les avantages liés au critère issu de la convention CNUDCI, le règlement Rome I ne l'a pas repris, et c'est regrettable. Jusqu'en 2006, les projets successifs du règlement comprenaient un alinéa 3 consistant en l'application de la loi du domicile du cédant à l'opposabilité aux tiers de la cession. Ainsi, le projet d'article 13 – Cession de créances et subrogation conventionnelle – stipulait :

- les obligations entre le cédant et le cessionnaire ou entre le subrogeant et le subrogé sont régies par la loi qui, en vertu du présent règlement, s'applique au contrat qui les lie ;
- la loi qui régit la créance cédée détermine le caractère cessible de celle-ci, les rapports entre cessionnaire ou subrogeant et débiteur, les conditions d'opposabilité de la cession ou subrogation au débiteur et le caractère libératoire de la prestation faite par le débiteur ;
- la loi du pays dans lequel le cédant ou le subrogeant a sa résidence habituelle au moment de la cession ou du transfert régit l'opposabilité de la cession ou de la subrogation aux tiers.

Pendant la discussion du dernier projet, la délégation britannique a soutenu la solution contraire, conforme à sa jurisprudence *Raiffeisen*<sup>44</sup>, celle d'une règle de conflit applicable à l'opposabilité aux tiers et qui serait basée sur la loi de la créance cédée. Cette délégation a invoqué notamment des difficultés dans l'interprétation des exclusions du champ de la convention CNUDCI<sup>45</sup>.

Le besoin d'avancer le projet de règlement européen a amené la présidence portugaise à proposer un compromis consistant en l'abandon à titre temporaire du troisième alinéa, et donc adopter le règlement sans règle de conflit sur l'opposabilité aux tiers, avec toutefois une clause de réexamen (règlement, article 27) qui demande à la Commission dans un délai de deux ans à compter de l'entrée en vigueur du règlement de présenter au Parlement « un rapport relatif à la question de l'opposabilité d'une cession ou subrogation aux tiers, ainsi que du rang de la créance faisant l'objet de ladite cession ou subrogation par rapport aux droits détenus par d'autres personnes. Ce rapport [doit être] accompagné, le cas échéant, d'une proposition de modification du présent règlement et d'une évaluation de l'impact des dispositions à introduire ». Faute de consensus entre le Royaume-Uni et le reste des États membres, le principe un temps envisagé de rattachement à la loi du domicile du cédant n'a donc pas été adopté.

18. D'autres rattachements méritent aussi d'être signalés. Premièrement, l'article 16 envisage la pluralité de débiteurs et rattache l'action récursoire (contribution à la dette) du débiteur ayant désintéressé le créancier contre les autres co-débiteurs à la loi régissant l'obligation de ce débiteur envers le créancier. Deuxièmement, la compensation légale est régie par la loi de l'obligation contre laquelle elle est invoquée (article 17). Troisièmement, une précision importante est apportée quant à la loi qui régit la forme des contrats (article 11) : outre la loi régissant le fond du contrat et la loi du lieu de la déclaration de volonté, le contrat est désormais valable s'il respecte quant à la forme la loi de résidence habituelle de l'une ou l'autre des parties<sup>46</sup>. Enfin, l'article 10 du règlement rattache la validité au fond du contrat à la loi qui le régirait s'il avait été valablement formé. On clôturera cette présentation générale du règlement par la question importante de la loi applicable à la responsabilité pour rupture de pourparlers. Il y a là une dissociation à faire : l'article 1(2) i) exclut du champ d'application du règlement « les obligations découlant de tractations menées avant la conclusion du contrat ». Ces obligations sont laissées au règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations contractuelles<sup>47</sup>. Lorsqu'au contraire les parties ont interrompu leurs négociations et que l'une prétend la rupture inefficace et le contrat formé, c'est bel et bien le règlement Rome I qui déterminera la loi applicable (article 1(2) i)). La phase précontractuelle est donc scindée entre les deux règlements<sup>48</sup>.

de savoir si les droits d'émission de CO<sub>2</sub> sont couverts ou non par la CNUDCI. Ceci exigeait la détermination au préalable de la nature de ces droits d'émission et notamment s'il s'agit d'instruments financiers, question encore largement discutée.

46. Il convient de noter que cette règle trouve sa source dans les contrats électroniques, pour lesquels la loi du lieu de déclaration de volonté est bien peu pertinente.

Voir P. Lagarde, « Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles » article précité note 14, et S. Lemaire, « Interrogations sur la portée juridique du préambule du règlement Rome I » article précité note 6 supra, au n° 7.

47. L'article 2(1) du règlement Rome II dispose : « Aux fins du présent règlement, le dommage vise toute atteinte résultant d'un fait dommageable, d'un enrichissement sans cause, d'une gestion d'affaires ou d'une "culpa in contrahendo" ».

48. Pour des développements complets sur cette question, voir S. Bollée : « A la croisée des règlements Rome I et Rome II : la rupture des négociations contractuelles », D. 2008 p. 2161.

42. Sur ces points voir G. Affaki, « L'apport de la convention CNUDCI sur la cession de créances aux opérations de banque », article précité note 37 supra, aux n° 15-17.

43. G. Affaki, « L'apport de la convention CNUDCI sur la cession de créances aux opérations de banque », article précité note 37 supra, au n° 17.

44. Voir supra note 40.

45. Ainsi, de longs débats ont eu lieu dans les instances européennes sur la question

## ■ JURISPRUDENCE FRANÇAISE

### Loi de blocage – Communication de preuve à l'étranger – *Discovery* – Entraide judiciaire internationale – Convention de La Haye sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile et commerciale.\*\*

Cass. crim. 12 décembre 2007, n° 07-83.228 F-P+F, Christopher X c/ Ministère public, Juris-Data n°2007-042157.

1. Ce n'est pas parce que l'application d'une loi n'a pas donné lieu à une sanction qu'il faut considérer cette loi comme inefficace. L'arrêt ci-commenté, condamnant un avocat pour communication illicite d'informations à l'étranger, marque une véritable revitalisation de la loi du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et de renseignements d'ordre économique, commercial ou technique à l'étranger<sup>1</sup>. Cette loi est généralement connue sous l'appellation « loi de blocage », d'après le terme anglais *blocking statute*. Son texte se compose de deux pans, l'article 1<sup>er</sup>, qui interdit la communication de certaines informations sensibles, et l'article 1<sup>er</sup> bis qui incrimine, séparément, l'obtention de ces informations.

L'article 1<sup>er</sup> énonce :

Sous réserve des traités ou accords internationaux, il est interdit à toute personne physique de nationalité française ou résidant habituellement sur le territoire français et à tout dirigeant, représentant, agent ou préposé d'une personne morale y ayant son siège ou un établissement de communiquer par écrit, oralement ou sous toute autre forme, en quelque lieu que ce soit, à des autorités publiques étrangères, les documents ou les renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique dont la communication est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, aux intérêts économiques essentiels de la France.

L'article 1<sup>er</sup> bis énonce :

Sous réserve des traités ou accords internationaux et des lois et règlements en vigueur, il est interdit à toute personne de demander, de rechercher ou de communiquer, par écrit, oralement ou sous toute autre forme, des documents ou renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique.

\*\* Les auteurs souhaitent remercier Arnaud de Rochebrune, LL.M., pour son assistance dans la préparation de ce commentaire.

1. Loi n° 68-678 du 26 juillet 1968, telle que modifiée par la loi n° 80-538 du 16 juillet 1980, relative à la communication de documents et de renseignements d'ordre économique, commercial ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères (JO 17 juillet 1980, p. 1799). Pour une étude détaillée de cette loi, M. Nénot, « La communication de renseignements économiques à l'étranger : Remarques sur la loi du 16 juillet 1980 », *Revue critique de droit international privé*, 1981, p. 421. L'amendement de 1980 a permis l'élargissement du champ de la loi qui à l'origine était restreint au domaine du transport maritime. Pour une étude récente D. Barlow, « La loi du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique : un état des lieux », *JCP E* 2007, 2330, n° 43-44, p. 45. Voir aussi M. J. Gottridge et T. Rouhette, « France Puts Some Muscle Behind Its Blocking Statute », *New York Law Journal*, 29 avril 2008, disponible sur <http://www.nylj.com>.

L'article 3 de la loi assortit ces interdictions d'une peine d'emprisonnement de six mois et/ou 18 000 euros d'amende.

2. La loi de blocage vise essentiellement à protéger le système judiciaire français face aux procédures américaines de *pre-trial discovery*. Son adoption a fait suite aux plaintes, justifiées, des entreprises françaises contre d'une part l'effet invasif de la *discovery* (le type d'information dont la production peut être exigée est très large), d'autre part son étendue (la *discovery* pouvant également être élargie à des tiers au litige) et, enfin, quant aux fins réelles d'une telle procédure, certains craignant qu'il en soit fait un usage à des fins déloyales<sup>2</sup>. Dans le cadre d'une *discovery*<sup>3</sup>, les avocats des parties disposent en effet d'une grande latitude dans la recherche de preuves pour fonder leurs prétentions et le magistrat n'intervient qu'en cas de désaccord que les litigants n'arriveraient pas à résoudre eux-mêmes. L'approche diffère donc fondamentalement de celle adoptée dans la procédure française d'obtention des preuves, résolument placée sous l'autorité d'un juge. Ce sont les conséquences de cette différence que la loi de blocage cherche à diminuer. Poussées à l'extrême, celles-ci pourraient permettre à une société américaine qui verrait un concurrent français se lancer sur son marché, de déposer une quelconque plainte civile, même non fondée, ce qui lui permettrait de lancer en toute légalité une *discovery* et de réclamer à son concurrent la production d'informations confidentielles<sup>4</sup>. Du reste, cette situation peut connaître bien d'autres raffinements. Dès lors qu'une partie peut exiger de tous tiers, y compris des banques et des consultants, la production de pièces sur tout support et de témoignages ayant un intérêt au dossier, il est aisé d'imaginer les abus pouvant être commis afin d'accéder à l'information. Nombre de défenseurs ont ainsi été amenés à transiger pour éviter la divulgation de secrets industriels ou tout simplement parce qu'ils ne disposaient pas des moyens financiers et logistiques pour répondre aux exigences de la *discovery*.

3. La phase de *pre-trial discovery* intervient traditionnellement au démarrage de la procédure contentieuse américaine. Elle vise à mettre les parties sur un pied d'égalité en leur permettant de rassembler les preuves nécessaires au soutien de leurs prétentions. Elle est consubstantielle au système procédural américain, marqué par son caractère accusatoire. Néanmoins, son corollaire d'abus possibles peut prendre des dimensions démesurées dès lors qu'elle vient à se dérouler à l'étranger et à heurter l'ordre juridique procédural du for où l'information est détenue. De surcroît, la procédure de *discovery* permet l'obtention d'un nombre démesuré de documents, souvent bien plus que ce qu'une procédure dans la juridiction de réception aurait permis. En effet, une information peut être réclamée dans le cadre de la *discovery* quand bien

2. M. Nénot, *op. cit.* supra note 1, p. 422.

3. En matière judiciaire fédérale, la procédure de *discovery* est régie par les « Federal Rules of Civil Procedure » §26, §28 et §29. Pour une étude exhaustive voir V. P. Nanda et D. K. Pansius, « Litigation of International Disputes in U.S. Courts », Volume 3, Chapter 17 : *Discovery*, Thomson/West, septembre 2007.

4. V. Ranouil, « Les lois de blocages », *DPCI*, 1986, Tome n° 12, n° 4, p. 515.

même elle ne serait pas recevable devant une juridiction, dès lors qu'elle est susceptible de mener à une preuve qui le serait<sup>5</sup>. À juste titre, nombre d'États (principalement ceux relevant d'un système civiliste, mais aussi ceux de *common law*<sup>6</sup>) sont réticents à ce que des personnes privées (telles des avocats) ou publiques (telles des autorités administratives) ressortissantes d'un autre État puissent faire des enquêtes sur leur territoire en se soustrayant complètement au régime d'obtention des preuves applicable sur ce territoire.

4. Cependant, faute d'application de la sanction qu'elle emporte, la loi de blocage française semblait tomber en désuétude<sup>7</sup>. L'intérêt de l'arrêt en présence est de constituer une première décision de condamnation, celle-ci participant de la nécessité de renforcer la crédibilité de cette loi. L'arrêt a été rendu dans le cadre d'une affaire aux rebondissements multiples et à laquelle le point final n'est pas encore mis : l'affaire *Executive Life*. Ses faits ont été largement repris dans la presse. En résumé, la mutuelle d'assurance française la MAAF et la filiale du Crédit Lyonnais Altus s'associent en 1991 dans un consortium et se portent acquéreurs de l'assureur américain *Executive Life*. Cette société, en quasi-faillite, détient des titres de dette à haut risque mais au rendement particulièrement alléchant (*junk bonds*).

En 1998, le commissaire aux assurances de l'État de Californie initie une enquête à l'encontre du consortium d'acquéreurs, le but étant de démontrer que ce consortium était mené par le Crédit Lyonnais en violation de la loi californienne qui interdit la détention par une banque de plus de 25 % d'une société d'assurance. Par la suite, des transactions entre les protagonistes ont mis fin à la plupart des actions civiles et pénales<sup>8</sup>.

5. Dans le cadre de cette procédure, un avocat américain, membre du barreau de Paris, était chargé par le commissaire californien aux assurances de prouver que la prise de participation par l'un des membres du consortium, à savoir la MAAF, avait été faite en connaissance de cause de

la violation de la loi californienne. Pour ce faire, l'avocat téléphona à l'un des anciens administrateurs de la MAAF et, par des manœuvres subtiles, obtint la preuve recherchée. L'administrateur pouvait désormais être attiré au procès comme témoin à charge. Pas assez subtilement pourtant, car la MAAF se constitua partie civile contre l'avocat et l'instruction ainsi ouverte mena ce dernier à répondre de ses actes devant la justice. La cour d'appel<sup>9</sup> le condamna à 10 000 euros d'amende et, neuf mois plus tard, la chambre criminelle confirma cet arrêt. La Cour de cassation fonde sa décision sur le fait qu'une mesure de coopération en application de la Convention de La Haye sur l'obtention des preuves à l'étranger<sup>10</sup>, était déjà mise en œuvre et que, dès lors, la recherche de preuves en dehors de cette mesure était une infraction à la loi de 1968.

6. La qualification de l'infraction et les arguments de la défense ayant déjà fait l'objet de remarques très justes<sup>11</sup>, ce commentaire s'attachera plus particulièrement à l'effet attendu de cette condamnation sur la crédibilité de la loi de blocage française vis-à-vis des juridictions américaines qui, notoirement, ne l'ont jamais considérée comme un obstacle dirimant. Paradoxalement, le renforcement de la loi de blocage peut, à son tour, devenir une source de risque pour les défenseurs français parties aux procédures américaines.

7. **Vers une plus grande crédibilité de la loi de blocage.** L'arrêt du 12 décembre 2007 n'est pas la première mise en œuvre de la loi de 1968. Il existe, en effet, des précédents de recours à ce texte, qui portent d'ailleurs plus sur la demande de preuves que leur communication (article 1<sup>er</sup> bis). Encore faut-il ajouter que ces cas se limitaient à confirmer le refus de délivrance de preuves, sans aller jusqu'à imposer une condamnation<sup>12</sup>. L'importance de l'arrêt de la chambre criminelle tient à ce qu'il s'agit d'une première condamnation sur le fondement de la loi de 1968, dans laquelle la Cour de cassation a validé la qualification et la caractérisation de l'infraction effectuée par la cour d'appel :

Attendu que, pour déclarer le prévenu coupable de cette infraction, l'arrêt énonce que celui-ci ne s'est pas contenté d'approcher, de manière neutre, des personnes [...] mais a obtenu, ou, en tout cas tenté d'obtenir, la preuve que les administrateurs de la MAAF avaient pris leur décision en pleine connaissance de cause.

L'absence de neutralité de l'avocat constitue bien l'élément intentionnel de l'infraction et la recherche de preuve l'élément matériel. L'avocat agissait alors comme représentant du commissaire aux assurances, la preuve qu'il sollicitait devant permettre d'attirer la personne interrogée comme témoin à charge lors du procès.

5. « *Relevant information need not be admissible at trial if the discovery appears "reasonably calculated to lead to the discovery of admissible evidence"* », C. V. Cotton et L. J. Harbour, *International Discovery: Navigating Uncharted Waters*, IADC Committee Newsletter, April 2007, n° 7, disponible sur [www.iadclaw.org](http://www.iadclaw.org), citant la Rule 26 (b) (Discovery Scope & Limits) des « *Federal Rules of Civil Procedure* ».

6. Voir pour un survol des lois de blocage nationales, V. Ranouil, « Les lois de blocages », op. cit. supra note 4, p. 514, à savoir notamment la loi de blocage des Pays-Bas du 28 juin 1956, du Canada du 28 mai 1984, de l'Australie du 21 mars 1984 et du Royaume-Uni du 20 mars 1980.

7. Une recherche sur Légifrance ne rapporte aucune décision de condamnation fondée sur cette loi, mais seulement des jugements et des arrêts où la loi sert de fondement au rejet de demandes d'informations. Pour un aperçu des cas d'application, voir D. Barlow, « La loi du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique : un état des lieux », op. cit. supra note 1, § 20, p. 49, TGI Nanterre, 22 décembre 1993 : *Juris-data* n° 1993-050136 ; Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 20 novembre 2003 ; TGI Paris, 20 juillet 2005 : *Juris-data* n° 2005-288978 ; Cass. crim., 30 janvier 2008, pourvoi n° 07-83.228.

8. À côté d'enjeux financiers importants, cette affaire comportait également des enjeux politiques. Le Crédit Lyonnais, dont à l'époque l'actionnaire principal était l'État français, est fragilisé par des investissements hasardeux et le commissaire californien aux assurances, ayant lui-même autorisé la vente d'*Executive Life* au consortium, est soupçonné de vouloir trouver un débiteur solvable en la personne de l'État français pour dédommager les assurés lésés. E. Leser, « Les trous de mémoires du Crédit Lyonnais et des autorités californiennes », *Le Monde*, édition du 6 avril 2001.

9. CA Paris, 9<sup>e</sup> chambre, 28 mars 2007, *Juris-data* n° 2007-332254.

10. Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile et commerciale, disponible sur <http://www.hcch.net>.

11. J.H. Robert, « Guerre froide judiciaire », *JCP* 2008, 47, n° 4, p. 43 ; *JCP* E 2008, n° 7-8, p. 19 (anonyme).

12. Voir supra note 7.

8. **La jurisprudence américaine sur la loi de blocage.** L'étude de la jurisprudence américaine montre à l'évidence le manque de crédibilité de la loi de blocage française privée, jusqu'à l'arrêt du 12 décembre 2007, de toute sanction effective. Il faut rappeler que, malgré les lois de blocage ou celles incriminant la violation du secret professionnel, dont le secret bancaire, les tribunaux américains se réservent le droit d'imposer une *discovery*<sup>13</sup> et permettent aux parties de demander et d'obtenir des preuves à l'étranger, y compris auprès de banques, sans passer par la procédure de la Convention de La Haye. D'ailleurs, dans son arrêt *Aérospatiale*<sup>14</sup>, la Cour suprême des États-Unis n'a laissé aucun doute sur le fait qu'elle considère la voie diplomatique comme étant non exclusive.

Dans un arrêt antérieur, l'arrêt *Rogers*, un demandeur suisse a demandé la restitution de biens gelés aux États-Unis lors de la seconde guerre mondiale pour cause d'entente avec l'ennemi. Le tribunal saisi le déboute au motif qu'il refuse de communiquer les informations demandées par le défendeur en arguant du secret bancaire en droit suisse. La Cour suprême des États-Unis confirme le tribunal dans son pouvoir d'exiger la communication des informations en dépit de la loi suisse mais y apporte une nuance importante. En effet, la Cour souligne en l'espèce l'impossibilité pour le demandeur d'écarter la loi suisse et se contente de ses tentatives, qu'elle jugea comme étant faite de bonne foi, d'obtenir les autorisations de communication nécessaires<sup>15</sup>. Trente ans plus tard, dans l'arrêt *Aérospatiale*, la Cour suprême rappelle son arrêt *Rogers*, mais surtout écarte l'application de la Convention de La Haye et confirme que les tribunaux américains ne peuvent être tenus d'emblée de respecter la loi de blocage française. La Cour ira jusqu'à autoriser explicitement la demande de preuve en violation de la loi de blocage<sup>16</sup>.

9. Dès lors, pour juger de la recevabilité de l'argument fondé sur la loi de blocage, les tribunaux américains ont typiquement recours à une approche casuistique comparant les intérêts en jeu (*balance of interest test*). Cas par cas, le tribunal saisi aura à décider s'il faut donner primauté à la protection de l'ordre procédural américain ou bien au risque d'une condamnation pour violation de ses lois nationales pesant sur la personne à qui est adressée la demande de preuve. L'arrêt *Rogers* se limite à souligner que tout dépend des circonstances d'espèce<sup>17</sup>. *Aérospatiale* est plus disert et relève comme

éléments de la prise de décision : (1) la pertinence des informations requises, (2) la précision de la demande, (3) si l'information est originaire des États-Unis, (4) s'il existe d'autres moyens pour obtenir l'information et (5) la confrontation des intérêts des États-Unis et ceux de l'état étranger, c'est-à-dire si l'absence de réponse à la date de la communication pouvait affecter des intérêts américains importants ou si au contraire elle pouvait affecter des intérêts importants du pays dans lequel l'information se trouve<sup>18</sup>.

10. Jusqu'à présent, la loi française de blocage a systématiquement perdu le test de la balance des intérêts. Ceci est la conséquence directe de l'absence de sanction des infractions à cette loi. Le contraste est d'ailleurs saisissant avec la perception qu'ont les tribunaux américains de la loi suisse sur le secret bancaire<sup>19</sup>, qui les a amenés à reconnaître qu'il pouvait être fait droit à la personne qui se prévalait de cette loi pour ne pas communiquer les informations demandées, car les tribunaux admettent dans ce cas la réalité du risque de poursuites et de sanctions<sup>20</sup>.

11. La décision du magistrat du tribunal fédéral de New York dans l'affaire *Bodner* mérite aussi d'être signalée. Elle vient confirmer l'approche de l'arrêt *Aérospatiale* en écartant sommairement la loi de blocage française, car ne faisant prétendument encourir aucun risque réel de poursuites en cas d'infraction à ses dispositions<sup>21</sup>. Il s'agissait en l'espèce de faire droit à la réclamation d'indemnisation de requérants juifs et leurs héritiers spoliés lors de la seconde guerre mondiale. En se fondant sur l'arrêt *Aérospatiale* et en soulignant que la loi de blocage et le secret bancaire français devaient être distingués de leurs équivalents suisses, le magistrat en charge de l'administration de la preuve refusa de retenir les lois françaises comme une excuse légitime. Systématisant l'absence de condamnation prononcée par les juges français, le juge américain en déduit l'absence de réalité de la menace. La loi de blocage fut même jugée comme une simple manœuvre tactique pour éviter la communication de preuves<sup>22</sup>. La défiance des tribunaux américains à l'égard de la loi de blocage française est telle que dans un arrêt récent, *Vivendi*, la banque Lazard a été contrainte de délivrer des informations en réponse à une *discovery* alors même qu'elle était menacée de poursuites et passible de sanctions par deux autorités administratives en France : la CNIL et la Commission bancaire<sup>23</sup>.

13. Société internationale pour participations industrielles et commerciales, SA v. Rogers, 357 US 197 (1957).

14. Société nationale industrielle aéropatiale v. United States District Court for the Southern District of Iowa, 482 US 522 (1987). Note de M. A. Dyer, Rev. Crit. DIP 1988, p. 559. Dans cet arrêt, les juges de la Cour suprême se sont prononcés à cinq voix contre neuf pour une absence d'exclusivité de la Convention de La Haye pour l'obtention de preuves à l'étranger.

15. La Cour juge que le ressortissant Suisse n'avait pas délivré les informations « due to inability, and not willfulness, bad faith or any fault of petitioner », dans Rogers, op. cit. supra note 13, at 212.

16. « It is well settled that such [blocking] statutes do not deprive an American court of the power to order a part subject to its jurisdiction to produce evidence even though the act of production may violate the statute », dans *Aérospatiale*, op. cit. supra note 14, at 544, n° 29.

17. « The propriety of the use to which [the rule on document discovery] is put depends upon the circumstances of a given case », dans Rogers, op. cit. supra note 13, at 205-06.

18. *Aérospatiale*, op. cit. supra note 14, at 544, n° 28. Les facteurs énumérés ont du reste été codifiés dans le « Restatement (Third) of Foreign Relations Law » §442 (1) (c).

19. Compagnie française d'assurance pour le commerce extérieur v. Phillips Petroleum, 105 F.R.D. 16 (S.D.N.Y. 1984).

20. First American Corp. v. Price Waterhouse LLP, 154 F.3d 16 (2d Cir. 1998).

21. « The French Blocking Statute does not subject defendants to a realistic risk of prosecution », dans Bodner v. Banque Paribas, 202 F.R.D. 370 (E.D.N.Y. 2000). Voir aussi In re Vivendi Universal, S.A. Secs. Litig., « There is little likelihood these threats will ever be carried out », n° 2 Civ. 5571 (RJH) (HBP), 2006 WL 3378115, (S.D.N.Y. Nov. 16, 2006).

22. « The legislative history of the statute gives strong indications that it was never expected to nor intended to be enforced against French subjects but was intended rather to provide them with tactical weapons and bargaining chips in foreign courts », dans Phillips Petroleum, op. cit. supra note 19, at 30.

23. Dans *Vivendi*, op. cit. supra note 21, at \*4.

12. Un justiciable français, partie à une procédure contentieuse américaine, risque de se retrouver dans une situation inextricable. Pris en étau entre deux condamnations éventuelles, la loi de blocage est supposée lui permettre d'opposer à la juridiction étrangère l'impossibilité réelle qu'il a de se conformer à sa demande, sous peine d'être condamné pénalement. Le législateur offre ainsi une porte de sortie aux défenseurs français, obligeant la juridiction étrangère à avoir recours à la coopération judiciaire internationale pour obtenir les preuves souhaitées. Cependant, cette porte de sortie n'était jusqu'alors pas effective, puisque les juridictions américaines refusaient l'excuse légitime que la loi de blocage devait offrir, en se fondant sur l'absence de risque réel de condamnation.

13. L'arrêt du 12 décembre 2007 est susceptible de corriger cette perception. En effet, maintenant que la personne redevable de l'information peut réellement être condamnée au pénal en France en application exacte des termes de la loi de blocage, il existe suffisamment d'arguments pour invoquer la caducité des précédents *Aérospatiale* et *Bodner* et inviter le prochain juge américain à qui la question sera soumise à reconsidérer ces arrêts, en application de sa propre jurisprudence<sup>24</sup>.

14. Outre contrevenir à la loi de blocage, la divulgation d'information sensible à une personne tierce crée le risque d'autres infractions telles que la violation du secret professionnel<sup>25</sup>, la violation du secret bancaire<sup>26</sup>, ou encore la violation du traitement de données personnelles<sup>27</sup>. Le fait que, contrairement à la loi de blocage, considérée comme relevant de l'ordre public de direction, ces autres infractions puissent être écartées par le consentement des personnes au bénéfice desquelles elles sont édictées ne diminue pas l'acuité de cette considération<sup>28</sup>. Le *balance of interest test* étant toujours applicable, les plaidants devront soutenir plus fortement que jamais que le risque de condamnation est bien réel et que seule la coopération judiciaire internationale constitue une voie acceptable d'obtention de preuves à l'étranger.

15. **Une efficacité à double tranchant.** Revitalisée, la loi de blocage risque-t-elle de devenir un danger pour les parties françaises? De nombreuses questions peu-

vent amener à reconsidérer l'impact positif de l'arrêt du 12 décembre 2007. Ainsi, est-il opportun pour une société ayant des intérêts économiques sur le marché américain de résister aux injonctions judiciaires américaines la sommant de répondre à la *discovery* et de se réfugier derrière l'impossibilité que lui offre la loi de blocage? On sait que l'un des facteurs qui pourrait pousser une entreprise à délivrer une information lors d'une *discovery* est l'importance de ses intérêts économiques aux États-Unis et la crainte de sanctions judiciaires ou réglementaires qui peuvent aller jusqu'au retrait d'agrément dans les secteurs réglementés<sup>29</sup>. En particulier, une société disposant de moyens modestes verra-t-elle réellement comme un avantage cette revitalisation de la loi de blocage qui l'empêche désormais, quand bien même elle l'aurait voulu, de coopérer à la *discovery* et l'oblige au contraire à se battre à grands frais pour démontrer aux tribunaux américains la réalité de la menace de sanction en France? Ceci d'autant plus que le champ de la protection qu'offre la loi de blocage est loin d'être illimité.

16. En effet, deux auteurs ont démontré les limites de la protection qu'offre la loi de blocage. Celles-ci résultent de deux facteurs : d'une part, le renforcement du régime d'obtention des preuves et, d'autre part, le stockage de données aux États-Unis<sup>30</sup>. Suite aux fraudes comptables retentissantes révélées aux États-Unis, des réglementations contraignantes, telles que la loi Sarbanes-Oxley<sup>31</sup>, ont obligé les sociétés américaines à procéder à une centralisation de leurs données sur le territoire américain, rapatriant ainsi des documents préalablement stockés à l'étranger<sup>32</sup>. Ceci a pour effet de limiter en pratique la recherche de preuves à l'étranger aux seuls témoignages de personnes non présentes sur le territoire américain. L'objectif poursuivi par de telles réglementations est de parer au risque, clairement entrevu dès la décision *Rogers*, d'évasion de la documentation des sociétés américaines qui créeraient des entités dans des Etats leur offrant une confidentialité assurée<sup>33</sup>.

17. Une deuxième limite à l'efficacité de la loi de blocage réside dans la dématérialisation de l'information, ainsi que dans l'apparition de nouveaux modes électroniques de stockage de nature à rendre impuissantes les lois de blocage face aux investigations<sup>34</sup>. En

24. « American courts should [...] take care to demonstrate due respect for any special problem confronted by the sovereign litigant on account of its nationality or the location of its operations, and for any sovereign interest expressed by a sovereign state », dans *Vivendi*, op. cit. supra note 21, au n° 2.

25. Article 226-13 du Code pénal : « La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ».

26. Article L. 511-33 du Code monétaire et financier.

27. Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, telle que modifiée par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004, relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, et transposant la directive 95/46 du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

28. S'agissant du secret bancaire, cette limite est rappelée par le magistrat dans le cas *Bodner*, op. cit. supra note 21, at 376 fn.6. Elle est également acceptée par la jurisprudence française au motif que le secret existe au bénéfice du client, Cass. com 11 avril 1995, pourvoi n° 92-20985, Bull. Civ. IV, n° 121.

29. C. Plaidy, « Internationalisation du droit de la concurrence », Jcl Concurrence, Fascicule 52, 1<sup>er</sup> septembre 2002, §40.

30. F. Saffroy et R. Kervadec, « Sanction pénale confirmée pour la violation du blocking statute français : une portée réelle mais une efficacité relative », 18 mars 2008, disponible sur <http://www.larevue.hammonds.fr> (dernière consultation le 25 août 2008).

31. « Sarbanes-Oxley Act » du 30 juillet 2002, Pub.L. 107-204, 116 Stat. 745.

32. La Section 802 de la loi Sarbanes-Oxley condamne l'altération ou la destruction par une société américaine ou une de ses filiales étrangères de documents pouvant être nécessaires à une enquête fédérale, 18 U.S.C. § 1519.

33. « [It] would [...] invite efforts to place ownership of American Assets in persons or firms whose sovereign assures secrecy of records » dans *Rogers*, op. cit. supra note 13, 357 US at 205.

34. Cet argument n'est pas sans rappeler l'affaire *Swift*. La presse a mis à jour le 23 juin 2006 le programme de surveillance de la CIA sur les transactions passées par *Swift* pour lutter contre le terrorisme. Les principales institutions de l'Union européenne se sont saisies de l'affaire jugeant inadmissible une telle atteinte à la vie privée et aux données personnelles des citoyens européens. C'est pourquoi la société a décidé de délocaliser ses serveurs en Europe. Voir à ce propos le communiqué du 15 juin 2007 de la société disponible sur <http://www.swift.com/>

effet, imaginons une société de stockage de données qui aurait recours à un serveur situé aux États-Unis. Il lui serait difficile de se réfugier derrière la Convention de La Haye pour refuser l'exécution d'une *pre-trial discovery*, d'autant plus que, strictement, il ne s'agira même pas d'obtention de preuves à l'étranger. Pourtant, cette société, si elle est française, sera quand même passible des peines énoncées à l'article 3 de la loi de 1968.

**18. La coopération judiciaire internationale.** La Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile et commerciale, à laquelle tant la France que les États-Unis sont parties, met en place un dispositif de coopération inter-étatique, via des commissions rogatoires visant à « accroître l'efficacité de la coopération judiciaire mutuelle en matière civile ou commerciale ». De façon générale, la commission rogatoire est la demande faite par un État à un autre en vue de l'obtention de preuves dans le cadre d'une procédure judiciaire<sup>35</sup>. Cette demande a un périmètre strictement défini et doit contenir un nombre précis d'indications<sup>36</sup>. Pratiquement, un juge américain fera une demande à ses services diplomatiques, qui lui-même transmettra cette demande au ministère public dans le ressort duquel la commission rogatoire doit être exécutée<sup>37</sup>. Ensuite, des actes d'instructions pourront être effectués, sous certaines conditions, par un agent diplomatique ou consulaire<sup>38</sup> ou par un commissaire ayant reçu des pouvoirs de l'autorité compétente<sup>39</sup>, à savoir le ministère de la Justice pour la France.

**19.** Il est à noter qu'en application de l'article 23 de la Convention, la France avait dans un premier temps émis une réserve, en n'autorisant pas les commissions rogatoires dans le cadre des *pre-trial discovery*. Cette réserve a été levée en 1986. Néanmoins, la France demande que les documents qui sont requis par les demandeurs étrangers soient « limitativement énumérés dans la commission rogatoire et [aient] un lien direct et précis avec l'objet du litige »<sup>40</sup>, ce qui en soi est une restriction à la procédure américaine qui peut être beaucoup plus large<sup>41</sup>.

**20.** Dans l'arrêt ci-commenté, la chambre criminelle rappelle la nécessité de respecter les procédures de la

Convention de La Haye. Elle critique la façon dont l'avocat a obtenu des preuves et précise qu'il s'agissait de « personnes dont le témoignage aurait pu être ultérieurement sollicité conformément aux dispositions de la Convention de La Haye ». La jurisprudence de la Cour de cassation s'inscrit ainsi en opposition à celle de la Cour suprême des États-Unis qui, pour sa part, a jugé que la voie de la Convention de La Haye n'était pas exclusive<sup>42</sup>. En droit français, seul le respect de la procédure de la commission rogatoire aurait permis à l'avocat incriminé de rechercher des preuves auprès de l'administrateur de la MAAF.

**21.** L'exclusivité de la Convention de La Haye était recherchée par la loi de blocage dès son origine<sup>43</sup>. L'arrêt du 12 décembre 2007 doit donc être salué comme une interprétation juste du droit français. Du reste, les conditions posées pour l'obtention d'une commission rogatoire dans ce cadre n'ont rien de dirimant et luttent parfaitement contre les *fishing expeditions*<sup>44</sup>, ces campagnes de recherche de preuves de grande ampleur sans véritable limitation ou justification, qui relèvent souvent plus de l'espionnage industriel légal.

**22. Limite de la Convention de La Haye.** Si la Convention de La Haye couvre un panel très large de cas, il en est un qu'elle ne couvre pas, et il est d'importance. En effet, les demandes d'informations émanant d'une autorité administrative, législative ou politique en dehors d'un contentieux judiciaire sont en dehors de son champ<sup>45</sup>. Or, en particulier aux États-Unis, de puissantes autorités telles que la Securities and Exchange Commission (SEC), l'Office of Foreign Assets Control (OFAC) ou encore les divers comités d'investigation du Congrès, ont un rôle très actif dans les enquêtes et bénéficient de l'ensemble des moyens coercitifs pour obtenir la communication des preuves nécessaires. Limitée aux seules demandes judiciaires, la Convention de La Haye n'est d'aucun secours face aux demandes de ces autorités.

**23.** Pourtant, la coopération judiciaire internationale reste un élément fondamental pour la constitution d'un système praticable d'obtention de preuves à l'étranger. La loi de blocage autorise expressément des transferts de preuves dès lors que ce transfert se déroule dans le cadre de traités ou accords internationaux. Il existe déjà un certain nombre d'accords à cet effet<sup>46</sup> ; néanmoins,

(dernière consultation le 16 septembre 2008).

35. Article 1<sup>er</sup> de la Convention : « En matière civile ou commerciale, l'autorité judiciaire d'un État contractant peut, conformément aux dispositions de sa législation, demander par commission rogatoire à l'autorité compétente d'un autre État contractant de faire tout acte d'instruction, ainsi que d'autres actes judiciaires ». Pour une étude d'ensemble sur les commissions rogatoires, D. Cholet, « Commission rogatoire, Répertoire de procédure civile », Dalloz, avril 2005.
36. Articles 3 et s. de la Convention.
37. Articles 736 et s. du Code de procédure civile.
38. « [L'agent diplomatique] exerce ses fonctions, à tout acte d'instruction ne visant que les ressortissants d'un État qu'il représente et concernant une procédure engagée devant un tribunal dudit État », Article 15 de la Convention.
39. Article 17 et s. de la Convention.
40. Décret n° 89-43 du 24 janvier 1989 portant publication de la déclaration française de 24 décembre 1986 modifiant la déclaration faite par le Gouvernement le 30 juillet 1974 lors de la ratification de la Convention sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale.
41. V. P. Nanda et D. K. Pansius, op. cit. supra note 3, §17:5 à 17:12.

42. « Hague procedures need not be used where they would be "unduly time consuming and expensive, as well as less certain to produce needed evidence than direct use of the Federal Rules" » dans Price Waterhouse citant Aérospatiale, op. cit. supra note 14, at 542.

43. D. Cholet, « Commission rogatoire », op. cit. supra note 35, §54.

44. M. Nénot, op. cit. supra note 1, p. 429, sous la note 26. L'expression aurait été employée pour la première fois par Goddard L.J. dans *Radio Corp. of America v. Rauland Corp.*, (1956), 1 QB 618 (CA).

45. P. Robé et T. Giard, « The French Supreme Court Applies the 1980 Blocking Statute for the First Time and Strengthens the Conditions Under Which Evidence To Be Used in Foreign Litigation Can Be Obtained in France », 17 janvier 2008, disponible sur <http://www.gibsondunn.com/publications> (dernière consultation le 25 août 2008).

46. Tel que l'accord entre la SEC et le collège des régulateurs d'Euronext en date du 25 janvier 2007, cité par P. Robé et T. Giard, idem (note précédente), au dernier paragraphe.

en cas d'impossibilité, un traité international devient la seule réponse. Du reste, c'est le seul moyen de préserver souveraineté et susceptibilité des États. Il n'y a qu'à s'inspirer d'un domaine proche, celui relatif au transfert de données à caractère personnel. La loi informatique et libertés de 1978, comme l'indique le site de la CNIL, prévoit de solides garde-fous pour protéger les personnes des dangers liés aux fichiers et aux traitements informatiques contenant des données à caractère personnel<sup>47</sup>. Le transfert à l'étranger de tels fichiers fait à l'évidence encourir le risque que les ressortissants français ne soient pas aussi bien protégés dans l'État récepteur qu'ils ne le seraient en France. Dans un premier temps, le transfert vers les États-Unis n'était pas autorisé car la protection des données personnelles était jugée insuffisante. Suite de longues tractations entre l'Union européenne et les autorités américaines, la CNIL autorise désormais un transfert encadré de ce type de données vers les États-Unis aux personnes remplissant les conditions de protection dans le traitement de ces données<sup>48</sup>. Il serait heureux que le transfert de preuve en matière procédurale bénéficie de garanties aussi efficaces.

**Crédit documentaire – Conformité des documents – Appréciation purement formelle – Pratiques internationales standard (ISBP) – Consultation du donneur d'ordre avant de lever les irrégularités – Obligation pour la banque de suivre les instructions du donneur d'ordre (non).**

Versailles, 12<sup>e</sup> ch. sect. 2, 25 octobre 2007, Sté Bannex c. Fortis Banque France : Juris-Data, n° 361288

1. L'intérêt de l'arrêt de la cour d'appel de Versailles réside dans la nouveauté de la solution qu'il donne au litige opposant une société d'Hong Kong, Bannex Ltd, à la banque française Fortis France au sujet de la réalisation d'un crédit documentaire émis par cette banque au profit de Bannex d'ordre d'une société Delcap. Ce litige portait sur l'appréciation de la conformité des documents et le comportement à adopter par une banque qui considère comme entachés d'irrégularité les documents présentés par le bénéficiaire d'un crédit. La cour s'en tient à l'orthodoxie du crédit documentaire telle qu'elle s'exprime dans les RUU de la CCI, sans d'ailleurs faire de référence expresse à ce document. Si l'arrêt mérite d'être cité, c'est précisément parce qu'il illustre la pression qu'exerce souvent la pratique pour s'écarter de cette orthodoxie et souligne la vigilance des juges qui, très sagement, veillent à éviter que soit déformée une technique financière dont dépend largement le commerce international.

2. La banque émettrice avait rejeté les documents qui lui avaient été transmis par une banque d'Hong Kong au motif que le port mentionné dans l'un des

documents comme lieu d'embarquement de la marchandise était Hong Kong alors que Shenzhen était désigné dans la lettre de crédit. De surcroît, les deux documents de transport portaient la mention « *Consignee Fortis Bank* », au lieu de « *To the order of Fortis Bank* » comme le prescrivait la lettre de crédit. La cour d'appel juge qu'il y a là deux irrégularités justifiant le refus de paiement de la banque qui, à bon droit, avait refusé de se livrer à une recherche du degré de gravité de ces irrégularités. Le formalisme du crédit documentaire ne laisse pas de place à une telle appréciation. Dans le cas d'espèce, la matérialité des irrégularités était indiscutable. C'était évident pour le lieu d'embarquement. À juste titre, la cour se prononce dans le même sens pour ce qui est de la qualité de « *consignee* » que les parties étaient d'accord pour traduire par « *destinataire* ». Le terme n'est pas considéré comme l'équivalent de « *à l'ordre de* ». On notera sur ce dernier point dans l'arrêt, la référence faite pour l'interprétation de ces termes « *aux pratiques internationales standard approuvées par la Chambre de commerce internationale* ». La Cour relève que pour cette institution : « *lorsqu'un crédit prévoit que les marchandises sont à consigner à l'ordre d'une partie nommément indiquée, le connaissement ne doit pas les indiquer comme directement consignées à cette partie* ». Le renvoi à la pratique est en harmonie avec les RUU (art. 13a des RUU 500 et art. 14d des RUU 600).

3. Dans l'affaire dont était saisie la cour de Versailles, une particularité pouvait, au premier abord, fragiliser la position de la banque, alors même que le défaut de conformité des documents était avéré. L'action avait été engagée non par le bénéficiaire mais par le donneur d'ordre, soumis depuis la présentation des documents à une procédure collective et sans doute en attente de la réception de la marchandise. Ce donneur d'ordre faisait valoir que la banque aurait dû le consulter avant de rejeter les documents et qu'elle avait eu tort de persister dans son refus malgré les instructions formelles qu'il lui avait données. Cette position a été à bon droit rejetée. Elle méconnaît l'autonomie de l'engagement de la banque envers le bénéficiaire. Cet engagement est indépendant des rapports entre la banque et le donneur d'ordre qui ne peut imposer à la banque d'honorer une remise ne satisfaisant pas aux conditions définies dans la lettre de crédit. En décider autrement aboutirait à imposer à l'émetteur une modification des conditions du crédit. Une telle modification n'est possible que si toutes les parties intéressées y ont consenti (RUU 500, art. 9d i) ; RUU 600, art. 10). La consultation du donneur d'ordre avant le rejet des documents est une simple faculté pour la banque. Elle ne lui est pas imposée. La banque qui en prend l'initiative en interrogeant le donneur d'ordre n'est d'ailleurs pas liée par la réponse de ce dernier (Cass. com. 20 juin 2006, Natexis Banques Populaires : Juris-Data, n° 034265).

47. <http://www.cnil.fr>.

48. En application de la décision de la Commission 2000/520/EC du 26 juillet 2000, et pour une note explicative : « Transferts de données à caractère personnel vers des pays non-membres de l'Union européenne », par la CNIL, de juin 2008, disponible sur <http://www.cnil.fr>.

### Crédit documentaire – Document de transport – Exclusion des transporteurs israéliens ou desservant Israël – Clause de boycott – Caractère discriminatoire.

Cass. crim. 18 décembre 2007, n° 06.82245, RTDcom. 2008.402, obs. D. Legeais

1. Sauf falsification d'un document, il est exceptionnel que les juridictions répressives aient à connaître de questions se rapportant à un crédit documentaire. Aussi bien, l'arrêt commenté ne traite-t-il pas directement du mécanisme de cette opération. Était seulement en cause l'inclusion dans un document de transport d'une clause dont il était soutenu qu'elle tombait sous le coup de la loi pénale française. Toutefois, si tel était le cas, et c'est en ce sens que se prononce la Cour de cassation, la réalisation du crédit risque d'être affectée, les documents jouant un rôle essentiel dans un crédit documentaire.

2. Pour le financement d'une vente de matériel industriel par une société française à une entreprise établie aux Émirats Arabes Unis avait été émis un crédit documentaire dont l'exécution était subordonnée à la remise d'un document attestant que la livraison de la marchandise n'interviendrait pas par le canal d'un transporteur israélien ni ne transiterait par Israël. Une telle attestation a été effectivement établie et visée par le directeur d'une chambre de commerce. Saisie de poursuites pour discrimination économique à raison de l'origine nationale, engagées contre la société et son dirigeant, le directeur de la chambre de commerce et la chambre elle-même, la cour d'appel de Limoges a jugé non constitué le délit défini aux articles 225-1 et 225-2 du Code pénal, la discrimination étant intervenue dans un contexte de boycott réciproque entre les États arabes et Israël. Son arrêt est cassé au motif qu'une discrimination en matière économique ne peut être justifiée par l'existence d'un boycott irrégulier. Le pourvoi avait fait valoir que selon le droit international et le droit européen, un état de guerre déclaré ou un embargo décidé par l'ONU sont les seules dérogations admises au principe de non-discrimination.

3. L'arrêt commenté soulève deux questions. L'une sera seulement mentionnée dans le présent commentaire : dans quelle mesure une banque française intervenant dans un crédit documentaire émis pour le compte d'une entreprise d'un État arabe n'est-elle pas exposée également aux peines prévues à l'article 225-2 ? Une seconde question concerne les rapports contractuels et les obligations entre les parties à un crédit documentaire. Sur ce plan, les conséquences de l'arrêt de la chambre criminelle sont assez claires si l'on s'en tient aux principes du droit français des obligations et très embarrassantes si l'on tente de les insérer dans la pratique du crédit documentaire. Indiscutablement contraire à l'ordre public, la clause imposant la production parmi les documents du crédit de l'attestation jugée discriminatoire par la Cour de cassation est nulle au regard du droit français. Cette nullité pourrait même s'étendre à l'ensemble de la convention de crédit si la clause est jugée essentielle (Ph. Malinvaud, *Droit des obligations*, Litec, 9<sup>e</sup> éd., n° 395 et s. ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les Obligations*, Défrénois, n° 717 et s.). Cependant, il y a

peu de chance que cette nullité soit reconnue dans le pays d'importation, celui du donneur d'ordre du crédit, même si le crédit considéré est régi par la loi française (v. sur la loi applicable au crédit documentaire : *Juris-classeur Banque, Crédit, Bourse*, Fasc. 120 par J. Stoufflet et E. Bouretz, n° 130 et s.). Un juge étranger sera tenté en toute hypothèse de contourner la difficulté en s'appuyant sur le principe qu'une banque chargée d'honorer un crédit documentaire n'est chargée que de vérifier la régularité formelle des documents (RUU 600, art. 4 et 5). Elle n'a pas à s'assurer de leur conformité à l'ordre public du pays d'émission ou du pays de réalisation du crédit. Est-il besoin, au surplus, de mentionner le conflit existant en l'occurrence entre les principes légaux et les contraintes commerciales ?

### Crédit documentaire – Document de transport – Transmission tardive par un commissionnaire de transport – Responsabilité.

Cass. com. 14 mai 2008, n° 07-11.158 FS-P+B, Sté Holmer c. Sté Strafi

1. La société Holmer avait chargé une société Strafi logistic d'organiser l'acheminement de machines agricoles vendues par elle à une entreprise russe et de lui transmettre certains documents dont la présentation était requise pour la réalisation du crédit documentaire au moyen duquel devait être réglé partiellement le matériel vendu. Les documents furent fournis tardivement ou affectés d'irrégularités formelles par Strafi logistic et, en conséquence, rejetés par la banque. La cour d'appel de Versailles reconnut la faute et la responsabilité de Strafi logistic envers la société Holmer, mais fixa le montant de l'indemnité en appliquant le plafond prévu à l'article 23-5 de la convention de Genève CMR du 19 mai 1956. L'arrêt est cassé sur ce dernier point. La qualité de commissionnaire de transport de Strafi logistic n'est pas remise en cause. Elle pouvait donc, en principe, se prévaloir du plafonnement fixé par la convention CMR. Toutefois, les manquements reprochés à cette société par Holmer ne se rapportaient pas à ses obligations en qualité de commissionnaire de transport, mais à un mandat de droit commun. Une telle responsabilité est soumise, non aux dispositions des articles L.132-4 et 132-5 du Code de commerce et à la convention CMR, mais à l'article 1998 du Code civil. L'arrêt est très clair : « ...L'obligation pour un commissionnaire de transport, chargé en cette qualité d'organiser un transport, de transmettre à son commettant, vendeur de la marchandise, les documents nécessaires à l'exécution par la banque émettrice d'un crédit documentaire, constitue pour ce commissionnaire, un mandat distinct de son contrat de commission ».

### Crédit documentaire. Documents non conformes. Rejet d'une demande de saisie.

Paris, 14<sup>e</sup> ch.A, 14 mai 2008, Sté High Dam Electrical Projects Co Hideleco c. Banque du Maghreb Arabe, Bamic, *Juris-Data*, n° 365478

1. Le montant d'un crédit documentaire est une créance de somme d'argent saisissable par les créanciers du bénéficiaire (*Juris-classeur Banque Crédit*

Bourse, Fasc. 1080 par J. Stoufflet, n° 154). Seul le donneur d'ordre est privé du droit d'empêcher par une saisie la réalisation du crédit. La jurisprudence considère que le recours à une telle procédure est incompatible avec l'irrévocabilité du crédit que le donneur d'ordre s'est obligé à respecter (Cass. com. 14 octobre 1981, JCP.1982.II.19815, note Gavalda et Stouffle, D. 1982.Jur. 309, note Vasseur. – 18 mars 1986, JCP.1986II.20624, note Stoufflet). Dans l'affaire soumise à la cour d'appel de Paris cet obstacle n'existait pas. L'objet de la saisie n'était pas le montant du crédit lui-même mais des fonds appartenant à une banque confirmante dont une banque désignée au (au sens de l'article 10d) des RUU 500 souhaitait obtenir le blocage par une saisie conservatoire pour garantir son recours contre la banque confirmante. Le litige opposait donc deux banques et reposait sur le recours entre banques.

2. La cour reconnaît à bon droit qu'une telle saisie ne se heurte à aucun obstacle de principe, ce qui est vrai pour une saisie conservatoire mais aussi pour une saisie attribution. Encore faut-il que les conditions légales en soient réunies. Tel n'était pas le cas dans l'affaire soumise à la cour d'appel de Paris. De l'article 67 de la loi du 9 juillet 1991, il résulte qu'une saisie conservatoire ne peut être pratiquée que par une personne dont la créance paraît fondée dans son principe. Or, la banque saisissante avait opposé aux différentes remises de documents effectuées par la banque désignée l'irrégularité de ces documents et la cour constate que s'il avait été question d'un règlement sous réserves, aucun engagement clair en ce sens n'avait été souscrit. Or, il résulte de l'article 14 des RUU 500 que l'obligation de remboursement d'une banque désignée par une banque confirmante est subordonnée à la présentation de documents présentant une apparence de conformité aux conditions du crédit. En l'espèce, le rejet non accompagné d'une offre de règlement sous réserve, ne permettait pas de soutenir que la créance du saisissant existait dans son principe. Cet élément suffisait à justifier le rejet de la demande d'autorisation de saisir.

3. Surabondamment, la cour constate que la seconde condition légale, à savoir l'existence de menaces pour le recouvrement de la créance, n'était pas non plus remplie. La banque confirmante était une banque de droit algérien. La banque saisissante, une banque de droit égyptien, faisait valoir que « la crise de liquidités de l'économie algérienne » et « la crise du secteur bancaire algérien » risquaient de l'empêcher d'exercer son recours dans les délais imposés en matière de crédit documentaires. Sans se prononcer sur l'existence de tels délais qui est tout à fait contestable, la cour d'appel écarte l'argument en observant qu'il a un caractère général et ne démontre en rien une circonstance susceptible de menacer le recouvrement par la banque égyptienne de sa créance prétendue envers la banque algérienne.

## JURISPRUDENCE ÉTRANGÈRE

### **Subprime – Responsabilité civile – Article 10(b) du Security Exchange Act – Équivalence des conditions – Effet relatif des contrats.**\*\*\*

États-Unis

(1) Stoneridge Investment partners, LLC v. Scientific-Atlanta, Inc., et al., 128 Supreme Court 761 (2008).

(2) Joyce v. Morgan Stanley & Co., Inc., N°07-1922 (7th Cir. Aug. 19, 2008).

1. La crise des subprimes, entraînant une accélération de la détérioration du marché américain à compter d'août 2007, a eu comme conséquence directe l'augmentation dramatique du nombre des actions civiles engagées devant les cours fédérales – ce qui ne représente qu'une fraction des actions devant les *state courts* qui ne sont pas recensées à notre connaissance. Le nombre de procédures engagées sur le fondement de la responsabilité liées à des malversations financières a presque doublé en 2007, passant à 278 dossiers dont 65 % sur la période de juillet à décembre<sup>1</sup>. Sur cette seule même année, nous pouvons en effet constater que 43 % de ces actions sont des *class actions* introduites par des emprunteurs, 22 % sont des contentieux liés aux activités de marché, principalement dans le cadre de *securities actions* pour fraude, et 22 % représentent des litiges commerciaux<sup>2</sup>. Cette inflation est d'autant plus inquiétante qu'elle paraît n'être que le prélude à une augmentation exponentielle des procès attendus en conséquence de la faillite de Bear Sterns, Lehman Brothers, des conditions de leur reprise et de l'intervention chaotique des régulateurs américains tout au long de l'année 2008.

2. C'est dans ce cadre que les tribunaux américains ont été amenés à se prononcer sur une question dont l'enjeu dépasse largement le simple contexte de débâcle économique dans lequel elle s'inscrit. Les actions contre les banques se sont multipliées, non seulement par leurs clients directs, mais également par les actionnaires des sociétés clientes de ces banques, ayant subi des dommages collatéraux du fait de la faillite de leur société. La crise des marchés a modifié la physionomie des actions en responsabilité. Il s'agit désormais de désigner à tout prix un responsable solvable pour obtenir le remboursement des pertes occasionnées par la crise. Dans un contexte de difficulté financière et de faillites en chaîne, les établissements de crédit sont tout désignés pour être la cible des actionnaires et de leurs avocats<sup>3</sup>.

S'est posée alors la question de l'engagement par des tiers de la responsabilité civile des établissements de crédit sur le fondement de la relation banque-client à laquelle ces tiers ne sont pourtant pas partie.

\*\*\* Les auteurs souhaitent remercier Géraldine Salord, docteur en droit, pour son assistance dans la préparation de ce commentaire.

1. J. Nielsen, « Subprime Mortgage and Related Litigation », Navigant Consulting, 2008, [http://www.abanet.org/litigation/sponsors/docs/0208\\_nielesen.pdf](http://www.abanet.org/litigation/sponsors/docs/0208_nielesen.pdf) (dernière consultation 19 septembre 2008).

2. Ibid.

3. F. Sabry, A. Sinha et S. Lee, « Subprime Securities Litigation : Key Players, Rising Stakes, and Emerging Trends », Nera Economic Consulting, [www.nera.com](http://www.nera.com) (dernière consultation 19 septembre 2008).

3. Deux arrêts récents ont posé en termes remarquables le même principe de limitation stricte des conditions d'engagement de la responsabilité civile indirecte. Ces deux arrêts portent sur des situations factuelles différentes, ce qui confère à la solution dégagée un caractère général de principe.

4. L'arrêt *Stoneridge*<sup>4</sup> a été rendu le 15 janvier 2008 par la Cour suprême des États-Unis. La Cour était saisie d'une action de groupe (*class action*) ayant pour objet la recherche de la responsabilité des défendeurs sur le fondement de l'article 10(b) du Security Exchange Act de 1934 relatif aux infractions boursières au terme duquel :

It shall be unlawful for any person, directly or indirectly, by the use of any means or instrumentality of interstate commerce or of the mails, or of any facility of any national securities exchange [...] b) to use or employ, in connection with the purchase or sale of any security not so registered, or any securities-based swap agreement (as defined in section 206B of the Gramm-Leach-Bliley Act), any manipulative or deceptive device or contrivance in contravention of such rules and regulations as the Commission<sup>5</sup> may prescribe as necessary or appropriate in the public interest or for the protection of investors.

En l'espèce, la société Charter Communication, cotée au NASDAQ, soucieuse de donner une meilleure image de ses résultats, procéda à un montage comptable frauduleux avec deux de ses fournisseurs, les sociétés Scientific Atlanta et Motorola. Des contrats antidatés furent conclus à cet effet. Il s'agissait en l'occurrence pour Charter d'acheter de la marchandise à ses fournisseurs pour un prix surévalué sur une année et, en contrepartie, les fournisseurs lui remboursaient la différence entre le prix réel et le prix surévalué par l'achat d'encarts publicitaires. Charter fit état dans ses comptes de ces différentes opérations, permettant ainsi une amélioration substantielle de ses résultats, lesquels ont été rendus public en application de la réglementation boursière. Peu de temps après ces opérations frauduleuses, Charter fit faillite. Les actionnaires, menés par le fonds Stoneridge Investment Partners, introduisirent devant le tribunal fédéral pour le District Est du Missouri, une action de groupe à l'encontre des deux fournisseurs en vue d'engager leur responsabilité civile pour fraude.

5. Dans l'arrêt *Joyce*<sup>6</sup>, rendu par la 7<sup>e</sup> cour d'appel fédérale<sup>7</sup> quelques mois après *Stoneridge*, le cadre est quelque peu différent. L'arrêt porte sur la force obligatoire de la lettre d'engagement d'une banque d'investissement, Morgan Stanley, à l'égard d'une société cliente, 21st Century Telecom Group. Cette dernière lui avait demandé de lui

fournir un avis d'équité<sup>8</sup> en qualité de conseil financier dans le cadre d'une fusion par échange d'actions avec la société RCN. L'accord de fusion fut signé le 12 décembre 1999. Mais, entre cette date et la date effective de la fusion, le 28 avril 2000, le prix des actions de RCN s'est effondré entraînant des pertes considérables pour les actionnaires de 21st Century Telecom Group. Ces derniers ont donc saisi le tribunal fédéral pour le District Nord de l'Illinois d'une action de groupe tendant à mettre en cause la responsabilité extra-contractuelle de Morgan Stanley pour violation de son devoir de mise en garde. La plainte soutenait que la banque conseil a l'obligation d'informer les actionnaires sur les moyens de limiter leur prise de risque en cas de chute du prix des actions de la société avec laquelle ils ont fusionné.

6. **Des conditions strictes d'engagement de la responsabilité civile.** Dans les deux affaires, les juges ont rejeté les demandes et retenu que la responsabilité civile extra-contractuelle des défendeurs ne peut être engagée par des tiers que dans le respect de conditions strictes. Ces arrêts, affirmés en termes de principe, viennent limiter sérieusement les tentatives des actionnaires de pouvoir rechercher une *deep pocket* pour les rembourser de leurs pertes. On ne peut qu'approuver cette solution dès lors qu'elle fait en cela prévaloir l'impératif de préserver l'effet des relations contractuelles et les droits et obligations qui en découlent aux seules parties à ces relations.

7. **Le *scheme liability* et l'équivalence des causes.** Dans *Stoneridge*, la Cour suprême rejette la plainte au motif que le lien de causalité entre les fautes commises par les défendeurs et le préjudice subi n'est pas établi, les fautes n'étant pas la cause directe du dommage. L'action des demandeurs (les actionnaires) était fondée sur l'article 10(b)-5 du Security Exchange Act. Au terme de l'interprétation donnée à cet article par la jurisprudence<sup>9</sup>, une action privée (par opposition à l'action publique diligentée par le procureur) en responsabilité civile ne pourrait être engagée que contre l'auteur principal de la fraude et à la condition que les six éléments suivants soient réunis<sup>10</sup> :

- une fausse déclaration ou une omission matérielle ;
- une préméditation ;
- un lien de causalité entre la fausse déclaration ou omission et l'achat ou la vente des titres ;
- la prise en compte de cette déclaration ou omission par les parties ayant subi un préjudice ;
- un préjudice économique ;

8. L'avis d'équité (*fairness opinion*) est « un avis donné par un tiers indépendant (banque d'affaires, cabinet d'évaluation, auditeurs) sur les termes financiers d'une transaction (vente, apports, fusion...) pour laquelle il peut exister une situation de conflits d'intérêts entre les parties à cette transaction. Cet avis est remis dans une lettre qui s'appuie le plus souvent sur un travail d'évaluation détaillée afin d'éclairer les actionnaires ou les administrateurs qui devront prendre la décision. » (<http://www.vernimmen.net/html/glossaire/>).

9. Voir notamment, *Dura Pharmaceuticals, Inc. v. Broudo*, 544 U.S. 336, 341-342 (2005).

10. « In a typical §10(b) private action a plaintiff must prove (1) a material misrepresentation or omission by the defendant; (2) scienter; (3) a connection between the misrepresentation or omission and the purchase or sale of a security; (4) reliance upon the misrepresentation or omission; (5) economic loss; (6) loss causation. » (*Dura Pharmaceuticals, Inc. v. Broudo*, supra note 9).

4. *Stoneridge Investment partners, LLC, petitioner v. Scientific-Atlanta, Inc., et al.*, 128 S. Ct. 761 (2008).

5. The U.S. Securities & Exchange Commission.

6. *Joyce v. Morgan Stanley & Co., Inc*, N° 07-1922 (7th Cir. Aug. 19, 2008).

7. The United States Court of Appeals for the Seventh Circuit couvrant les États de l'Illinois, de l'Indiana et du Wisconsin. La cour est basée à Chicago.

– un lien de causalité entre le préjudice économique et la déclaration ou omission.

8. La Cour a constaté que les défendeurs n'étaient pas directement parties à la réalisation de la fraude puisque celle-ci résultait de la publication par la société Charter de faux comptes. Néanmoins, ils avaient contribué à l'infraction à l'article 10(b) en acceptant de participer à la fraude – sans que leur degré de connaissance de la fraude soit clairement établi. Or, si les défendeurs venaient à être jugés comme étant complices seulement et non pas directement auteurs de la fraude, la voie de l'action privée au titre de l'article 10(b) risquait d'être barrée aux demandeurs<sup>11</sup>. Ceux-ci devaient donc établir la responsabilité à titre principal des deux défendeurs en démontrant l'existence d'un lien de causalité entre le préjudice subi par les actionnaires et le rôle des défendeurs dans la présentation par la société Charter de faux comptes.

9. Pour fonder leur action, les actionnaires ont eu recours à la théorie dite de la responsabilité collective pour collusion<sup>12</sup> (*scheme liability*) qui permet d'engager la responsabilité de tiers à la relation contractuelle entre les actionnaires et la société en faillite. Précisons qu'au titre de cette théorie, il peut tout autant s'agir de fournisseurs, comme dans *Stoneridge*, que d'une banque, comme dans *Joyce*, ou d'un cabinet de conseil ou d'avocats, comme dans *Enron*. Le recours à cette théorie<sup>13</sup> permet de caractériser un lien de causalité suffisant entre un fait et le préjudice subi en admettant que la responsabilité civile d'une personne puisse être recherchée dès lors que son action a concouru à la réalisation du dommage même si elle n'a pas été la cause exclusive du dommage.

Ainsi vu, le *scheme liability* n'est que le pendant américain de la théorie civiliste de l'équivalence des causes au terme de laquelle « tout événement intervenu dans la réalisation du dommage et sans lequel le dommage ne se serait pas produit en est nécessairement la cause »<sup>14</sup>. Peu importe que le fait causal ne présente pas de liens étroits et directs avec la réalisation du dommage. Il suffit qu'il soit un élément de la chaîne causale ayant permis la réalisation du dommage<sup>15</sup>.

10. Par le passé, plusieurs tribunaux américains s'étaient contentés, sur le fondement du *scheme liability*, de la preuve d'une causalité indirecte pour retenir la responsabilité d'un tiers. Ainsi, dans *Enron*<sup>16</sup>, la responsabilité

de parties ayant eu un rôle limité (*secondary actors*) dans la réalisation d'une escroquerie, a pu être retenue. C'est en application de cette jurisprudence que les actionnaires de la société Charter entendaient faire reconnaître la responsabilité civile des défendeurs.

11. **L'absence d'obligations fiduciaires à la charge de la banque.** Dans *Joyce*, la cour d'appel retient que Morgan Stanley n'est redevable à l'égard des tiers d'aucune obligation contractuelle ou extra-contractuelle au titre de la lettre d'engagement la liant à 21st Century Telecom Group<sup>17</sup>. En l'espèce, les actionnaires de 21st Century Telecom Group invoquaient l'existence à la charge de la banque conseil Morgan Stanley d'une obligation de mise en garde<sup>18</sup> due non pas à la société cliente mais aux actionnaires. Selon la plainte, en entreprenant sa mission de conseil financier pour le compte de la société dont ils sont actionnaires, Morgan Stanley ne pouvait ignorer que sa mission avait pour conséquence de créer une relation de confiance entre le conseil et ces actionnaires avec, en corollaire, des devoirs fiduciaires dus à ces derniers. La demande a ainsi souligné : « At the time Morgan Stanley was engaged, it knew... that the persons to be benefited by its services were the 21st Century stockholders »<sup>19</sup>.

12. Nous retrouvons ici un raisonnement analogue à celui développé par les demandeurs dans *Stoneridge*. Peu importe que les demandeurs ne soient pas liés aux défendeurs par un contrat, un lien existerait entre eux, selon la plainte, par le simple fait qu'ils sont intéressés à une même opération – dans *Joyce*, l'opération de fusion. En l'espèce, cette idée se traduit par la création de prétendues obligations fiduciaires à la charge du conseil, qui trouveraient leur source dans le contrat entre ce conseil et la société bien qu'aucune de ces deux parties n'ait accepté de stipuler un bénéfice à l'égard de tiers. Si une telle obligation venait à être reconnue, il serait aisé de démontrer sa violation comme étant la cause du préjudice subi.

13. Tant dans *Stoneridge* que dans *Joyce*, les juges ont rejeté cette conception extensive de la responsabilité civile, qu'elle prenne sa source sur le terrain délictuel comme dans *Stoneridge*, ou sur le terrain contractuel comme dans *Joyce*.

En particulier dans *Stoneridge*, la Cour suprême a rejeté l'argument des actionnaires au motif que l'élément déterminant de la mise en œuvre de l'article 10(b) du Security Exchange Act n'était pas caractérisé en l'espèce dès lors que la publication des faux comptes n'était pas la cause directe du dommage subi par les actionnaires<sup>20</sup>.

11. En effet, depuis l'arrêt de la Cour suprême dans *Central Bank* la complicité de fraude boursière ne peut être engagée sur le fondement de l'article 10(b) par une action privée. Seul le ministère public peut engager une telle action (*Central Bank of Denver N.A. v. First interstate bank N.A.*, 511 U.S. 164 (1994)).

12. D. Tyukody & M. Hefter, « Scope of primary liability », *The National Law Journal*, august 27, 2007 ; « Stoneridge and the future of counterparty liability », *Clifford Chance*, April 2008, [www.cliffordchance.com](http://www.cliffordchance.com) ; T. Fishman, P. Hynes & R. Knuts ; « Supreme Court further restricts investor lawsuits against secondary actors », Allen & Overy, January 21, 2008, [www.allenoverly.com](http://www.allenoverly.com) ; A. Shapiro, R. Malionek & M. Franek, « The US Supreme Court's decision in Stoneridge and its implications », Latham & Watkins, January 16, 2008, [www.lw.com](http://www.lw.com).

13. « Stoneridge and the future of counterparty liability », supra note 12.

14. F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, « Les obligations », Dalloz, 9<sup>e</sup> éd., 2005, n° 860.

15. Civ. 2<sup>e</sup>, 27 janv. 2000, Bull. civ. II, n° 20.- AP, 17 nov. 2000, Perruche, Bull. civ. 2000, ass. plén., n° 9.

16. *Enron Corp. Sec., Derivative & ERISA Litig.*, 235 F. Supp. 2d 549, 577 (S.D. Tex. 2002).

17. « Seventh Circuit reinforce the effectiveness of engagement letters limiting the duties owed by investments banks », *Linklaters Litigation Briefing*, august 2008, [www.linklaters.com](http://www.linklaters.com) ; S. Jakubowski, « 7th Circuit nixes attempts to hold investment bankers responsible for matters beyond their engagement agreements », *Bankruptcy Litigation Blog*, August 25, 2008, [www.bankruptcylitigationblog.com/archives/146291.html](http://www.bankruptcylitigationblog.com/archives/146291.html).

18. A duty of care.

19. *Joyce v. Morgan Stanley & Co., Inc.*, op. cit., p.5.

20. « Stoneridge and the future of counterparty liability », supra note 12.- D. Tyukody & M. Hefter, « Stoneridge alters legal landscape », *The National Law Journal*, March 17, 2008 ; A. Shapiro, R. Malionek & M. Franek, « The US Supreme Court's decision in Stoneridge and its implications », supra note 12.

Les défendeurs, contrairement à la société Charter qui a publié les faux comptes, n'étaient tenus d'aucune obligation d'information à l'égard du public ; seule la publication mensongère des résultats de Charter doit être regardée comme la cause du préjudice des actionnaires. Le lien de connexité entre les actes des défendeurs et le préjudice est trop distendu pour permettre d'engager leur responsabilité, étant donné que sans le comportement frauduleux de Charter, le préjudice n'aurait pas existé et qu'ainsi, il n'est pas possible de caractériser une chaîne causale remontant jusqu'aux prétendus complices<sup>21</sup>. La Cour a ainsi conclu : « *we conclude respondents' deceptive acts, which were not disclosed to the investing public, are too remote to satisfy the requirement of reliance. It was Charter, not respondents, that misled its auditor and filed fraudulent financial statements ; nothing respondents did made it necessary or inevitable for Charter to record the transactions as it did* »<sup>22</sup>.

14. Dans *Joyce*, la cour d'appel se fonde sur une interprétation littérale des termes du contrat liant Morgan Stanley à son client pour rejeter la plainte des actionnaires de ce dernier. Elle considère ainsi que la banque n'était tenue d'aucune obligation contractuelle ou extra-contractuelle envers les actionnaires d'une société pour laquelle elle a effectué une mission de conseil. Elle s'en remet au principe selon lequel les parties ne sont tenues que par les termes de leur contrat et que leur responsabilité pour la violation d'une obligation prévue au contrat ne peut être engagée qu'aux termes de ce seul contrat. En l'espèce, la cour remarque que non seulement aucune obligation de mise en garde n'était insérée dans le contrat mais que, de plus, une clause prévoyait expressément que Morgan Stanley n'était tenu qu'envers la seule société<sup>23</sup>, étant sous-entendu que la banque n'était pas tenue à l'égard des tiers, y compris les actionnaires de la société. Par conséquent, ces tiers ne peuvent être fondés à rechercher dans le contrat des moyens pour engager la responsabilité de la banque pour manquement à l'obligation de mise en garde, à supposer qu'elle existât.

Et la cour de souligner : « *We are not aware of any authority to support that an attempt to facilitate an outcome that would benefit a party automatically makes the attempter a fiduciary of that party* »<sup>24</sup>.

15. **Confirmation d'une jurisprudence constante.** Le principe qui sous-tend chacun de ces deux arrêts est identique : les conditions de mise en œuvre de la responsabilité d'une partie à l'égard de tiers au titre de l'engagement contractuel de cette partie doivent être vues strictement, en portant un intérêt tout particulier à la caractérisation d'un lien de causalité direct. Ces deux arrêts viennent confirmer un courant jurisprudentiel déjà affirmé aux États-Unis<sup>25</sup>.

16. En effet, d'ores et déjà dans l'arrêt *Central Bank*<sup>26</sup>, rendu en 1994, la Cour suprême des États-Unis avait jugé qu'un tiers ne pouvait engager que la responsabilité de l'auteur principal – et non d'un complice – au titre de l'article 10(b) du Security Exchange Act et uniquement si les six conditions exigées par l'article 10(b)-5<sup>27</sup> étaient remplies. Dans l'arrêt *Central Bank*, le défendeur était une banque ayant agi en qualité de *trustee* dans le cadre d'une émission de titres de dettes garanties par des biens immobiliers. Le *trustee* a décidé de ne pas procéder à une réévaluation des titres pendant la période de déclin du marché de l'immobilier. À la survenance d'un cas de défaut, les demandeurs ont engagé une action sur le fondement de l'article 10(b) contre la banque en sa qualité de complice pour la violation dudit article. La Cour a rejeté formellement la possibilité d'intenter une action privée sur le fondement de l'article 10(b) contre une partie qui n'est pas l'auteur principal mais simplement un complice de la fraude. Ce faisant, elle a posé les fondements de *Stoneridge*. Cependant, *Central Bank* n'ayant pas été rendu dans le cas d'un *scheme liability*, le principe avait besoin de *Stoneridge* pour être pleinement exprimé. C'est maintenant chose faite.

17. Dans le même esprit, *Joyce* s'inscrit dans la parfaite continuité de la jurisprudence *HA2003*<sup>28</sup> rendue le 20 février 2008 par la 7<sup>e</sup> cour d'appel fédérale.

En l'espèce, la société HA-LO fit faillite suite à une opération de fusion-acquisition dans le cadre de laquelle elle avait demandé un avis d'équité à un conseil indépendant. L'administrateur en charge de la liquidation de HA-LO engagea une action en responsabilité civile contre le conseil pour faute lourde en formulant deux griefs à son encontre<sup>29</sup> : d'avoir établi son rapport sur la base des projections fournies par son client et non sur celles fournies par un autre conseil qui, lui, faisait déjà état de ses doutes sur les projections présentées par HA-LO, et de ne pas avoir élaboré un nouvel avis tenant compte de

21. « *Stoneridge and the future of counterparty liability* », supra note 12.

22. *Stoneridge Investment partners, LLC, petitioner v. Scientific-Atlanta, Inc., et al.*, 128 S. Ct. 770 (2008), p.10.

23. « *Morgan Stanley will act under this letter agreement as an independent contractor with duty solely to 21st Century [...] It is understood that this letter is for the information of the Board of Directors of the Company, except that this opinion may be included in its entirety in any filing required to be made by the Company in respect of the merger. Morgan Stanley expresses no opinion as to the relative valuations of each of the voting and non-voting 21st Century Common Stock and the 21st Century Preferred Stock. In addition, this opinion does not in any manner address the price at which the RCN Common Stock will trade following announcement or consummation of the proposed Merger, and Morgan Stanley expresses no opinion or recommendation as to how the holders of the 21st Century Common Stock should vote at the shareholders' meetings held in connection with the Merger* » (*Joyce v. Morgan Stanley & Co., Inc*, N° 07-1922 (7th Cir. Aug. 19, 2008), p. 8).

24. *Ibid.*

25. Voir notamment, *Fehrbach v. Ernst & Young LLP*, 493 F.3d 905 (7th Cir. 2007).- *Wallace v. 600 Partners Co.*, 86 N.Y.2d 543 (N.Y. 1995).- *Tellabs Inc. v. Makor Issues & Rights Ltd.*, 127 S. Ct. 2499 (2007).- *Central Bank of Denver N.A. v. First Interstate Bank of Denver N.A.*, 511 U.S. 164 (1994).

26. *Central Bank of Denver v. First Interstate Bank of Denver*, 511 U.S. 164, 191 (1994).

27. Voir supra n° 7.

28. *HA2003 liquidating Trust v. Credit Suisse Securities (USA) LLC*, 2008 U.S. App. LEXIS 3504 (7th Cir. Feb 20, 2008).

29. E. Berger, G. Seidell & S. Carpenter, « *Business Law news* », *Business Law Brief*, spring 2008, p.55 ; « *Seventh Circuit rejects invitation to impose wide-ranging duties on fairness opinions providers* », U.S. Litigation Briefing, Linklaters, February 21, 2008, [www.linklaters.com](http://www.linklaters.com) ; « *Seventh Circuit rules that investment bank not liable in connection with a fairness opinion delivered in a corporate transaction* », *Milbank, Tweed, Hadley & McCloy LLP*, April 23, 2008, [www.milbank.com](http://www.milbank.com).

l'évolution, à la baisse, des prix du marché postérieurement à la remise du rapport initial aux actionnaires.

La cour d'appel avait estimé que n'étant pas tenu de telles obligations par les termes de son contrat, le conseil ne pouvait pas être reconnu responsable pour faute lourde. La jurisprudence *Joyce* reprend ce principe strict selon lequel le contrat est la loi des parties et qu'il ne peut être créé plus d'obligations à leur charge que celles prévues dans le contrat. L'apport de *Joyce* est de conférer une portée générale à ce principe en lui donnant une dimension nouvelle qui réaffirme la prévalence des seules obligations listées dans le contrat et leur opposabilité à l'égard des tiers.

**18. Une solution opportune.** La solution ainsi dégagée par la jurisprudence américaine nous paraît particulièrement opportune et doit être accueillie favorablement, tant d'un strict point de vue juridique que d'une appréciation plus économique des conséquences qu'elle pourrait avoir sur les marchés financiers.

**19.** Tout d'abord, une telle solution tend à préserver la sécurité juridique des relations contractuelles. Celle-ci repose sur la prévisibilité des engagements issus du contrat, qui est garantie par la limitation de la responsabilité des parties aux seuls engagements pris dans ce contrat. Tant dans *Joyce* que dans *HA2003*, les juges se refusent à interpréter le contrat liant le conseil à son client au-delà de ses termes, au motif que l'objet même du contrat, tel que voulu par les parties, s'en trouverait modifié. Dans *Joyce*, la cour considère qu'aucune obligation fiduciaire ne peut être imposée à la banque conseil en dehors d'une disposition contractuelle à cet effet. Plus spécifiquement, la cour se refuse, comme l'y invitaient les actionnaires plaignants, de déduire une telle obligation des seules circonstances de fait<sup>30</sup>, et notamment de l'existence d'une prétendue relation de confiance entre des tiers et le conseil découlant d'un rapport quelle que soit sa force ou la proximité qu'il crée entre des tiers avec la société cliente<sup>31</sup>.

**20.** Par ailleurs, une telle solution permet de pallier les dérives de la théorie du *scheme liability* en retenant, comme dans le cas de *Stoneridge*, une méthode de détermination de la cause s'apparentant à la théorie civiliste de la causalité adéquate<sup>32</sup>. Ceci conduit les tribunaux à rechercher la cause efficiente du dommage, c'est-à-dire celle ayant rendu le dommage objectivement probable<sup>33</sup>, la distinguant ainsi des causes n'ayant

conduit au dommage qu'avec le concours fortuit d'autres éléments de fait. Ainsi, seules les personnes directement impliquées dans la réalisation d'un dommage pourront voir leur responsabilité engagée. En ce sens, les juges ont retenu que seule la décision de la société Charter Communication de publier des comptes frauduleux était à l'origine du préjudice subi par les actionnaires. Une telle solution paraît plus juste que celle réclamée par les actionnaires, qui aurait conduit à faire supporter à une personne ayant un lien même très indirect avec le dommage la réparation intégrale du préjudice.

**21.** Les juges américains affirment ainsi leur volonté de recentrer l'action en responsabilité sur les conditions traditionnelles de sa mise en œuvre : une faute, un dommage et un lien de causalité. En effet, tant dans *Stoneridge*, que dans *Joyce* ou *HA2003*, les plaintes des actionnaires des sociétés en faillite avaient en vérité pour objectif de rechercher les personnes à la solvabilité la plus apparente quel que soit leur lien à la perte effective encourue pour obtenir une indemnisation pour cette perte<sup>34</sup>.

**22.** On ne peut s'empêcher de retrouver dans la théorie élaborée par les demandeurs dans ces affaires les mêmes justifications qui ont conduit à instaurer, dans certains domaines tels que les assurances ou les accidents de la circulation, un régime de responsabilité objective sans faute fondée sur la nécessité d'indemniser les victimes. Or, dans le cadre des marchés financiers une telle évolution aurait été particulièrement préjudiciable au bon fonctionnement du marché qui, fondamentalement, repose sur l'acceptation, par les professionnels, du risque inhérent à leur activité. Ainsi, notamment dans le cadre d'opérations de fusion-acquisition, les commentateurs de *HA2003*, dont les propos pourraient sans difficulté être transposés à *Joyce* et à *Stoneridge*, ont remarqué que « *Anyone investing or voting to approve such a transaction inherently must assume the business risks associated with that transaction* »<sup>35</sup>.

**23. La solution de droit français ?** Il est intéressant de noter que la solution retenue dans *Stoneridge* et *Joyce* apparaît beaucoup plus libérale que la solution qui aurait été retenue dans un scénario similaire en France.

En droit français, l'article 1165 du Code civil prévoit

Jourdain (« La responsabilité civile s'encourt dès que le dommage allégué se trouve lié à la faute établie par un rapport de causalité adéquate ; un tel rapport existe lorsque la faute a constitué le facteur qui, parmi ceux en cause, a joué un rôle véritablement perturbateur, ne laissant aux autres, même lorsqu'ils ont concouru au dommage, qu'un caractère secondaire »).- Civ. 2<sup>e</sup>, 25 oct. 1973, Bull. Civ. II, n°277.

30. La cour s'appuie ici sur la solution dégagée dans un arrêt antérieur, *Pommier*, au terme duquel « *The fact that one party trusts the other is insufficient. We trust most people with whom we choose to do business. The dominant party must accept the responsibility, accept the trust of the other party before a court can find a fiduciary relationship* » (*Pommier v. Peoples Bank Marycrest*, 967 F. 2d 1115, 1119 (7th Cir. 1992)). De même, *HA2003* souligne que « *Investment banks' responsibilities are set by contract ; the fact that someone wishes that a different contract had been written is not a basis for liability* » (*HA2003 liquidating Trust v. Credit Suisse Securities (USA) LLC*, op. cit., p. 8).

31. *Joyce v. Morgan Stanley & Co., Inc*, op. cit., p.7.

32. F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, « Les obligations », op. cit., n° 860.- P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, « Les obligations », *Defrénois*, 3<sup>e</sup> éd., 2007, n°93 et s.

33. Voir à titre d'exemple : *CA-Versailles*, 30 mars 1989, RTDC 1992, 117, obs.

34. Ainsi, dans *HA2003*, le juge Easterbrook précise que « *This suit is nothing but an attempt to find a deep pocket to reimburse investors for the costs of managers' blunders* » (*HA2003 liquidating Trust v. Credit Suisse Securities (USA) LLC*, op. cit., p.6). De la même manière, dans *Stoneridge*, les commentateurs ont considéré que « *The concept of scheme liability is a back-door attempt to bring a lawsuit against other third parties such as banks, law firms or customers who allegedly had some role in aiding the alleged fraud* » (« *US Supreme Court alters the landscape of securities class action litigation* », *White & Case*, October 1, 2007, [www.whitecase.com](http://www.whitecase.com)).

35. T. Cohen, « *Seventh Circuit finds that issuer of fairness opinion did not commit gross negligence* », *Sheppard Mullin*, March 6, 2008, [www.bankruptcylawblog.com](http://www.bankruptcylawblog.com).

que « les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 ». Cependant, la jurisprudence considère, dès lors que le contrat constitue un fait juridique, qu'il est opposable par les parties aux tiers, mais également par les tiers aux parties<sup>36</sup>. Tout tiers subissant un préjudice du fait de la mauvaise exécution d'une obligation contractuelle peut ainsi en obtenir réparation sur le terrain délictuel<sup>37</sup>, dès lors qu'il est en mesure de démontrer une faute, un dommage et un lien de causalité<sup>38</sup>. Les parties au contrat ne peuvent donc pas opposer l'absence de lien contractuel pour se libérer de toute responsabilité à l'égard des tiers.

24. Longtemps cependant la difficulté a été de déterminer quel type de faute commise par une partie à un contrat pouvait permettre à un tiers d'engager sa responsabilité. Au début, la jurisprudence s'est montrée hostile à l'idée de voir un tiers engager la responsabilité délictuelle d'une partie au contrat sur le seul fondement de l'inexécution par cette partie de son obligation contractuelle, exigeant pour cela la preuve d'une « faute délictuelle envisagée en elle-même indépendamment de tout point de vue contractuel »<sup>39</sup>. Puis, hésitante, elle a admis dans certaines espèces qu'une faute a « une double nature, à la fois manquement à l'obligation volontaire et, s'il y en a, parmi les victimes, des tiers, faute délictuelle »<sup>40</sup>, rejetant dans d'autres<sup>41</sup> cette idée en se fondant sur le principe de la relativité de la faute contractuelle<sup>42</sup>.

25. L'enjeu de ce débat est l'administration de la preuve. En effet, la démonstration d'une faute délictuelle détachable du contrat, par exemple un manquement à une obligation générale de prudence ou de diligence, est plus difficile car il s'agit de ne sanctionner que la seule faute qui aurait entraîné un préjudice aux tiers en dehors de tout contrat. Dans ce cas de figure, la responsabilité indi-

recte d'une partie à l'égard des tiers est nécessairement limitée, car il est difficile de concevoir une responsabilité du fait de l'inexécution contractuelle qui serait en dehors du contrat<sup>43</sup>.

Au contraire, si l'on admet la théorie de l'identité des fautes contractuelles et délictuelles, la démonstration de la faute par les tiers s'en trouve facilitée, ce qui a pour conséquence directe d'élargir les cas d'ouverture d'action en responsabilité d'une partie à un contrat à l'égard des tiers.

26. **Vers une responsabilité sans faute?** Cette question a été tranchée par un arrêt rendu par la Cour de cassation réunie en assemblée plénière le 6 octobre 2006<sup>44</sup> au double visa des articles 1162 et 1382 du Code civil. Dans un attendu de principe, la Cour retient que « le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage ». Cet attendu est intéressant à double titre. Non seulement il vient consacrer la théorie de l'assimilation des fautes contractuelles et délictuelles<sup>45</sup>, mais il va plus loin et dépasse la notion de faute elle-même pour s'inscrire dans une conception quasi-objective de la responsabilité. Ceci s'inscrit dans la ligne de l'évolution la plus récente des principes de la responsabilité civile. Bien que l'article 1382 du Code civil exige la preuve d'une faute et non pas d'un simple fait causal pour justifier l'exercice d'une action en responsabilité délictuelle, la Cour de cassation prend la liberté d'énoncer que seul un manquement contractuel est exigé pour engager la responsabilité délictuelle, c'est-à-dire un simple fait causal sans exiger en outre que ce fait soit fautif. Ainsi, le simple fait que le dommage subi par un tiers trouve sa source dans une inexécution contractuelle, indépendamment de la question de la faute, suffit désormais à caractériser le lien de causalité.

27. La jurisprudence française prend ici le contre-pied de la jurisprudence américaine en retenant une conception large des conditions de mise en œuvre de la responsabilité délictuelle, ceci d'autant plus que, la responsabilité délictuelle étant d'ordre public, il est impossible d'y faire obstacle par l'insertion de clauses limitatives de responsabilité.

Avec les perspectives de recours tous azimuts que la crise des marchés risque de susciter, dont certains sans doute sans fondement réel, il serait heureux que les juges français réfléchissent au raisonnement derrière *Stoneridge* et *Joyce* afin d'éviter de réparer une injustice par une autre injustice. ■

36. Voir notamment l'arrêt de principe de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 22 octobre 1991 jugeant que : « S'ils ne peuvent être constitués ni débiteurs ni créanciers, les tiers à un contrat peuvent invoquer à leur profit comme fait juridique, la situation créée par ce contrat » (Com., 22 oct. 1991, Bull. civ. 1991, IV, n° 302).

37. Article 1382 du Code civil.

38. Voir l'arrêt de principe de la Cour de cassation du 22 juillet 1931 jugeant que « Attendu que si dans les rapports des parties entre elles, les dispositions des articles 1382 et 1383 du Code civil ne peuvent en principe être invoquées pour le règlement de la faute commise dans l'exécution d'une obligation résultant d'un engagement contractuel, elles reprennent leur empire au regard des tiers étrangers au contrat » (Civ. 1<sup>re</sup>, 22 juill. 1931, D.H. 1931, p. 506).

39. Civ. 1<sup>re</sup>, 7 nov. 1962, Bull. civ. 1962, I, n° 465.

40. Soc., 2 mars 1972, RTDC 1973, 128, obs. G. Durry. Dans le même sens, Com., 16 janv. 1973, Bull. civ. 1973, IV, n° 28 (« un même fait, susceptible de constituer un manquement à une obligation existant entre deux parties liées par un contrat, peut être au regard des tiers étrangers au contrat, une faute quasi-délictuelle engageant la responsabilité de son auteur »).

41. Voir notamment, Civ. 1<sup>re</sup>, 11 avr. 1995, Bull. civ. 1995, I, n° 171 (« à supposer que le SNEP ait commis une faute dans l'exercice de son mandat, cette faute ne pouvait engager sa responsabilité envers un tiers, à l'égard duquel le mandataire n'avait contracté aucune obligation, que si elle constituait un comportement illicite envisagé en lui-même et en dehors de tout point de vue contractuel »).- Com., 5 avr. 2005, Bull. civ. 2005, IV, n° 81 (« Un tiers ne peut, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, se prévaloir de l'inexécution du contrat qu'à la condition que cette inexécution constitue un manquement à son égard au devoir général de ne pas nuire à autrui »).

42. Pour une analyse de cette question, voir P. Jourdain, « Faute délictuelle et manquement contractuel : des relations complexes. Illustrations à travers les fautes délictuelles de l'entrepreneur et du mandataire », RTDC 1995, 895.

43. Nous retrouvons dans cette théorie une approche similaire à celle retenue par la jurisprudence américaine dans *Stoneridge* et *Joyce* qui apprécie très strictement les conditions de mise en œuvre de la responsabilité indirecte qui, notamment dans *Joyce*, retient une conception très stricte de l'effet relatif des conventions.

44. AP, 6 oct. 2006, Loubeyre et a. c/ SARL Myr'Ho et a., Bull. 2006, A.P., n° 9, p. 23.

45. Par cette décision, la Cour confirme sa jurisprudence la plus récente : Civ. 1<sup>re</sup>, 15 déc. 1998, Bull. civ. 1998, I, n° 368 (« Les tiers à un contrat sont fondés à invoquer l'exécution défectueuse de celui-ci lorsqu'elle leur a causé un dommage »).- Civ. 1<sup>re</sup>, 18 juill. 2000, RTDC 2001, 146.- Civ. 1<sup>re</sup>, 13 févr. 2001, D. 2001, 2234, obs. Delebecq (« Les tiers à un contrat sont fondés à invoquer tout manquement du débiteur contractuel lorsque ce manquement leur a causé un dommage, sans avoir à rapporter d'autres preuves »).